



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU
MANIFESTACIÓN EN LA AMPLIACIÓN AL CATÁLOGO DE
DELITOS QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA
OFICIOSA”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ANALI HAIDEE ESPINOZA VILLANUEVA

ASESOR: MTRO. RODRIGO MAISON ROJAS



Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, octubre de 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

“La prisión es el único lugar en el que el poder puede manifestarse de forma desnuda, en sus dimensiones más excesivas, y justificarse como poder moral”.

Microfísica del poder. (1980)

Michel Foucault

“Quien pone la seguridad por encima de la libertad se arriesga a perder ambas”.

Benjamín Franklin

AGRADECIMIENTOS

A mi alma mater, Universidad Nacional Autónoma de México:

Por brindarme la oportunidad de formar parte de la Universidad más prestigiosa de México y Latinoamérica.

A la Facultad de Estudios Superiores Aragón:

Por permitir el acceso al mundo del conocimiento, albergar mis metas, y ser mi segunda casa a lo largo de estos años.

A mis profesores a lo largo de la vida:

Por sus valiosas enseñanzas, tiempo, esfuerzo y dedicación, en especial a quienes con su ejemplo me muestran que profesionista quiero ser.

A mis sinodales:

Por su valioso tiempo y disponibilidad, en particular, al Mtro. Maison Rojas Rodrigo, por su mirada crítica, compartir sin celo sus conocimientos y mostrar que la investigación se realiza todos los días.

A mis entrañables abuelos:

Mi eterno reconocimiento por su gran cariño y sobre todo, por la mejor herencia que se le puede dejar a una persona, la familia.

A la memoria de Jorge Espinoza (Q.E.P.D):

Quien creyó y tuvo la ilusión de verme convertida en una profesionista. Gracias abuelo, aún en la ausencia te tengo presente.

A mis amados padres:

Por darme la vida y enseñarme con paciencia y ejemplo, que todo es posible.

Papá: Gracias por ser amigo y confidente, compañero de grandes victorias y sostén de aquellas derrotas.

Mamá: Hoy culmina parte de un proyecto en el que siempre creíste, gracias por apostar en la educación de tus hijas; eres una mujer extraordinaria.

A mi hermana:

Por la dicha de haber crecido junto a ti y tener la oportunidad de ser compañeras de vida.

Escribo estas líneas deseando que en los momentos por venir, nuestros lazos de hermandad y afecto se hagan más fuertes.

A los omitidos sin razón alguna:

Familiares, amigos y compañeros, siempre están en mi corazón.

A Dios, creador de todas las cosas, con plena certeza que todo procede de ti:

Pero los que confían en el Señor
renovarán sus fuerzas;
volarán como las águilas:
correrán y no se fatigarán,
caminarán y no se cansarán.

Isaías 40:31

ÍNDICE

CAPÍTULO I	1
INFLUENCIA DE LA TEORÍA FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL EN EL GARANTISMO	1
1.1 BASES DEL FUNCIONALISMO SOCIOLOGICO	1
1.1.1 FUNCIONALISMO ABSOLUTO DE MALINOWSKI	3
1.1.2 FUNCIONALISMO RELATIVIZADO DE MERTON	5
1.1.3 FUNCIONALISMO ESTRUCTURAL DE PARSONS	7
1.2 EL PENSAMIENTO SISTÉMICO DE NIKLAS LUHMANN Y SU INFLUENCIA EN LA DOGMÁTICA PENAL FUNCIONALISTA	9
1.3 LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	13
1.3.1 LA SOCIEDAD Y LA PERSONA	14
1.3.2 LA NORMA	17
1.3.3 LA PENA	18
1.4 EL PARADIGMA GARANTISTA	21
1.5 TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL	25
CAPÍTULO II	29
NOCIONES BÁSICAS DE DERECHOS HUMANOS Y LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA	29
2.1 CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS	29
2.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS	33
2.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO	37
2.4 PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA	42
2.4.1 ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DEL GARANTISMO PENAL	47

CAPÍTULO III	53
ANTECEDENTES GENERALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO	53
3.1 ANTECEDENTES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO Y EN EL MUNDO	53
3.1.1 ROMA	53
3.1.2 EDAD MEDIA	55
3.1.3 MÉXICO	56
3.1.3.1 Periodo precolonial	56
3.1.3.2 Periodo colonial.....	58
3.1.3.3 Periodo de independencia nacional	60
3.2 LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO.....	68
 CAPÍTULO IV	 88
ANÁLISIS DE LA CONFORMACIÓN JURÍDICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.....	88
4.1 ALGUNOS ALCANCES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE JUNIO DE 2011.....	88
4.2 REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL DE 2008	93
4.3 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	96
4.3.1 EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO QUE DIO ORIGEN AL DECRETO POR EL QUE SE DECLARA REFORMADO EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE UNIDOS MEXICANOS	103
4.3.2 COMPARATIVO DEL TEXTO PREVIO ANTERIOR A LA REFORMA Y EL TEXTO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 12 DE ABRIL DE 2019.....	109

4.4	EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU MANIFESTACIÓN EN LA AMPLIACIÓN AL CATÁLOGO DE DELITOS QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA	112
4.4.1	PROSPECTIVA DE POSIBLES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS CON LA APLICABILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.....	115
	CONCLUSIONES	136
	FUENTES CONSULTADAS	144

ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1. REPRESENTACIÓN GRÁFICA DEL FUNCIONALISMO ABSOLUTO DE MALINOWSKI.....	4
GRÁFICO 2. ESTRUCTURA DEL SISTEMA GENERAL DE LA ACCIÓN.	9
GRÁFICO 3. REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS SISTEMAS SOCIALES.....	12
GRÁFICO 4. SÍNTESIS CONCEPTUAL DE LA TEORÍA DE SISTEMAS Y DERECHO PENAL	13

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1. LOS MOMENTOS DE LA TÉCNICA PUNITIVA Y SUS RESTRICCIONES SEGÚN FERRAJOLI.....	28
TABLA 2. CUADRO COMPARATIVO PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA Y JUSTIFICADA	44
TABLA 3. MEDIDAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	51
TABLA 4. CUADRO COMPARATIVO DE LOS PROYECTOS DEL CONSTITUYENTE DE 1842.....	75
TABLA 5. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CONTEMPLADOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA MEXICANA DE 1857	81
TABLA 6. ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CON REFORMA A PARTIR DEL 10 DE JUNIO DE 2011	89
TABLA 7. SÍNTESIS DE LAS INICIATIVAS PRESENTADAS POR DISTINTOS GRUPOS PARLAMENTARIOS, EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA	104
TABLA 8. DISCUSIÓN DEL DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES, CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.	107
TABLA 9. CUADRO COMPARATIVO DEL TEXTO ANTERIOR Y EL TEXTO REFORMADO.	109
TABLA 10. EVOLUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA O AUTOMÁTICA CON RELACIÓN AL MANDATO PRESIDENCIAL.	141

GLOSARIO

<i>A contrario sensu</i>	En sentido contrario
<i>A posteriori</i>	Por lo que viene después
<i>Anomia</i>	Ausencia de ley, orden, estructura
<i>Autopoiético</i>	Es un neologismo que designa la cualidad de un sistema capaz de reproducirse y mantenerse por sí mismo
<i>Fumus boni iuris</i>	Apariencia de buen derecho. Es uno de los criterios utilizados por la jurisprudencia para determinar provisionalmente si existen elementos de juicio suficientes que, sin prejuzgar el fondo del asunto, permitan adoptar medidas cautelares durante la sustanciación del procedimiento
<i>Grosso modo</i>	Aproximadamente, a grandes rasgos o sin entrar en detalles
<i>Imbricar</i>	Colocar una serie de cosas de modo que estén parcialmente superpuestas, como las tejas de un tejado
<i>Imperium</i>	Se traduce como dominio, significa poder sobre vida y muerte
<i>Ius puniendi</i>	Derecho o facultad del Estado para castigar
<i>Mnemotécnica</i>	La mnemotecnia o nemotecnia es el proceso intelectual que consiste en establecer una asociación o vínculo para recordar una cosa

<i>Periculum in mora</i>	Peligro por la mora procesal. La existencia de un riesgo para la efectividad del proceso si no se adopta una resolución judicial que acuerde las medidas solicitadas
<i>Praedes vades</i>	Garantía de valores
<i>Prima ratio</i>	El primer argumento
<i>Principio pro homine</i>	Criterio interpretativo que establece que toda autoridad debe aplicar la norma o la interpretación más favorable a la persona en toda emisión de actos, resoluciones o normas que traten o en que se considere la protección o la limitación de Derechos Humanos, la cual debe ser la más amplia en el primer caso o la menos restrictiva, en el segundo.
<i>Requisitio</i>	Búsqueda o requisita
<i>Ultima ratio</i>	Última razón o último argumento
<i>Vocatio</i>	Acción de llamar

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se justifica en virtud de la escalada generalizada de violencia, corrupción e impunidad presente en México, en ese sentido, se reconoce una crisis en materia de seguridad y como consecuencia, la implementación de políticas públicas en distintos órdenes de gobierno que no responden a la creciente inconformidad y desconfianza en las instituciones encargadas de procurar justicia, así pues, la estrategia gubernamental más común en los últimos años ha sido redoblar el manejo populista del sistema penal como pauta en el diseño de la política criminal.

El tema es vasto, sin embargo, antes de entrar en materia, es dable señalar que según datos proporcionados en la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública —ENVIPE 2018— durante 2017, 35.6 % de los hogares del país tuvo al menos una víctima de delito, estadísticamente, la incidencia delictiva tuvo un incremento respecto del año anterior, de tal forma que a nivel nacional, se estima que 64.5 % de la población de 18 años y más, considera que la inseguridad y la delincuencia son el problema más importante que aqueja hoy en día a su Entidad Federativa; en ese contexto, el costo total de la inseguridad y el delito en hogares mexicanos representó un monto de 299.6 mil millones de pesos, es decir, 1.65 % del PIB, lo cual equivale a un promedio de \$7.147.00 pesos por persona.

En efecto, en el marco de su último informe de gobierno, Enrique Peña Nieto consideró no haber alcanzado el objetivo de darle a los mexicanos paz y tranquilidad en cualquier parte de la geografía nacional, por lo que el tema de la seguridad es un reto que encabeza la administración de Andrés Manuel López Obrador, quien en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2019 – 2024 enviado a la Cámara de Diputados expuso la estrategia del gobierno federal y la definió como un “cambio del paradigma de seguridad”.

Al respecto, en los últimos meses se han aprobado reformas constitucionales a los artículos 10, 16, 21, 31, 35, 36, 73, 76, 78 y 89 de la Constitución Federal para la creación de la Guardia Nacional; los artículos 22 y 73 para el caso de la ampliación de delitos sujetos a la extinción de dominio, y por último, la reforma al artículo 19 de

la Constitución Federal para ampliar el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa.

Desde esta perspectiva se hace evidente que las reformas constitucionales propuestas tienen su génesis en el Derecho Penal del Enemigo, de tal forma que se constituyen como forma de reproche social a conductas como el abuso o violencia sexual contra menores, el feminicidio, el robo de casa habitación, el uso de programas sociales con fines electorales, la corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y el ejercicio abusivo de funciones, el robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, entre otros.

Lo expuesto en el párrafo precedente responde a un modelo de justicia represiva que parte de las bases del funcionalismo sociológico y el pensamiento sistémico de Niklas Luhmann, así como, los postulados de Günther Jakobs y su Derecho Penal del Enemigo, en ese sentido, es palpable que se encuentra en contraposición a las bases garantistas propuestas en la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública del 18 de junio de 2008.

Por tanto, se propone como objeto de estudio lo relativo a la ampliación al catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, pues en términos generales, se considera cumple con las características del Derecho Penal del Enemigo al constituirse como una reacción de combate contra individuos que realizan actividades consideradas por el Estado como potencialmente dañosas, contraponer un derecho para ciudadanos y un derecho para enemigos, y finalmente, debilitar garantías procesales que engendran claras limitaciones a los Derechos Humanos.

Para alcanzar el objetivo propuesto se emplean diversos métodos, así pues, en el primer capítulo se utiliza el método deductivo, es decir, considera conocimientos generales que tienen su origen en la corriente epistemológica del funcionalismo sistémico y el lusnaturalismo, a teorías particulares como el Derecho Penal del Enemigo y el Garantismo Penal.

En el segundo capítulo se utiliza el método analítico, dado que en un primer momento se busca descomponer conceptos generales como Derechos Humanos, medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio y prisión preventiva, para después comprender sus elementos, características y principios; posteriormente se usa el método sintético para unificar el marco conceptual y construir un todo a partir de los elementos conocidos mediante el análisis, así pues, se exponen cuatro mitos en torno la prisión preventiva y sus alternativas en el marco del Garantismo Penal.

Por lo que respecta al capítulo tercero, se echa mano del método histórico, con la finalidad de encontrar explicaciones causales a las manifestaciones jurídicas actuales, del mismo modo, se utiliza el Método Jurídico consistente en el conocimiento e interpretación de las fuentes del Derecho, así como la estructura de los textos jurídicos positivos.

El último apartado se construye a partir del uso del método exegético, es decir, se interpretan los alcances de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de junio de 2011; el tránsito del antiguo sistema penal inquisitivo a un sistema penal de corte acusatorio adversarial y garantista a través de la reforma publicada el 18 de junio de 2008; el procedimiento legislativo que dio origen al Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de Unidos Mexicanos, todo ello con la finalidad de encontrar posibles manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo y realizar una prospectiva de posibles violaciones a los Derechos Humanos, así como otras afectaciones derivadas de su aplicabilidad.

CAPÍTULO I

INFLUENCIA DE LA TEORÍA FUNCIONALISTA DEL DERECHO PENAL EN EL GARANTISMO

En el primer capítulo se esboza el marco teórico necesario para comprender la reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de prisión preventiva oficiosa, por tanto, se propone realizar un seguimiento a la corriente del funcionalismo penal sistémico de Günter Jacobs, para, consecuentemente abordar la teoría del derecho penal del enemigo.

Por otro lado, con la finalidad de comprender el alcance de los Derechos Humanos en la legislación mexicana, así como sus implicaciones en materia penal, se realiza un estudio al paradigma garantista y la teoría esbozada por Luigi Ferrajoli en el garantismo penal.

1.1 BASES DEL FUNCIONALISMO SOCIOLOGICO

El funcionalismo es concebido como la construcción de concepciones teóricas referentes a la preponderancia de componentes que resultan útiles para la sociedad, es decir, se trata de un conjunto de principios, enseñanzas o instrucciones que se encuentran ancladas para explicar el funcionamiento del todo a partir de las porciones que lo componen.

En ese sentido, el concepto de función es necesario para dilucidar las importantes contribuciones que los funcionalistas han tenido en cada una de las disciplinas, así pues, dentro del campo de acción de la teoría social, el concepto de función puede rastrearse históricamente hasta Aristóteles, para el que la función se define como “la tendencia de un ser a alcanzar su perfección”.¹

¹ *Vid.* ORTIZ GARCÍA, Carmen. Diccionario histórico de la antropología española. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España, 1994, p.332

En este punto es conveniente señalar que el término función se puede entender en al menos, los siguientes sentidos:

1. La capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos.
2. La capacidad de actuar de las máquinas o instrumentos.
3. La actividad que desarrolla una persona, institución o entidad.
4. Un espectáculo público, es decir, la representación teatral, la proyección de una película, etc.
5. En el lenguaje matemático al establecer la relación entre dos magnitudes, o bien, en la teoría de conjuntos, al asignar a cada elemento de un primer conjunto, un único elemento de un segundo conjunto.

Señalado lo anterior resulta evidente que el concepto de función tiene potencial para impactar en diversos campos del conocimiento y al constituirse como corriente teórica goza de antigüedad, en especial en las ciencias sociales, por lo que no pasa desapercibida su influencia actual en la sociología, antropología, psicología, la comunicación, la mercadotecnia, la arquitectura y por supuesto, en el derecho.

Así pues, el Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann² señala que el funcionalismo es un método científico que permite “tomar cada fenómeno, dato, como contingente y como confrontable con otros”, de esta forma, el conocimiento se construye a partir de la confrontación de lo conocido con las posibilidades alternativas; y, en cuanto a la concepción más tradicional del funcionalismo, el sistema social se observa como un todo compuesto de partes funcionales para su mantenimiento.

² Vid. CORSI, Giancarlo, et al., Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann, Vol. 9, Tr. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Universidad Iberoamericana, México, 1996, p. 86

Dicha perspectiva es una de las más antiguas, de acuerdo con Méndez, su génesis se desarrolló en Estados Unidos de Norte América³, concretamente con A. Comte (1789- 1857) y E. Durkheim (1858- 1917), mientras que su consolidación estuvo marcada por antropólogos modernos como Radcliffe- Brown (1881-1955) o Malinowski (1884- 1942), mención especial requiere el trabajo de la teoría sociológica desarrollado por Talcott Parsons (1902- 1979).⁴

En atención a lo anterior, es conveniente retomar que la sociología en su génesis buscaba entender la realidad como un sistema orgánico constituido por unidades sociales interrelacionadas, de tal forma que no es posible estudiarlas de forma independiente, así pues, sin pretender desarrollar exhaustivamente las concepciones de los autores señalados en el párrafo precedente, se propone el estudio de las siguientes bases del funcionamiento sociológico:

1.1.1 FUNCIONALISMO ABSOLUTO DE MALINOWSKI

El principal exponente del funcionalismo absoluto es Bronisław Malinowski, antropólogo y etnólogo de origen británico fundador de la antropología social, quien con una fuerte influencia de los postulados de E. Durkheim, criticó el método de los evolucionistas y giró sus postulados en torno del orden social en las sociedades primitivas. En cuanto al derecho, consideró que un elemento esencial es la cultura humana, que se desenvuelve a través de obligaciones, prohibiciones o leyes que deben ser cumplidas por motivos prácticos, a su vez, el castigo se trata de una de las bases de la estructura social al permitir la recomposición del orden.

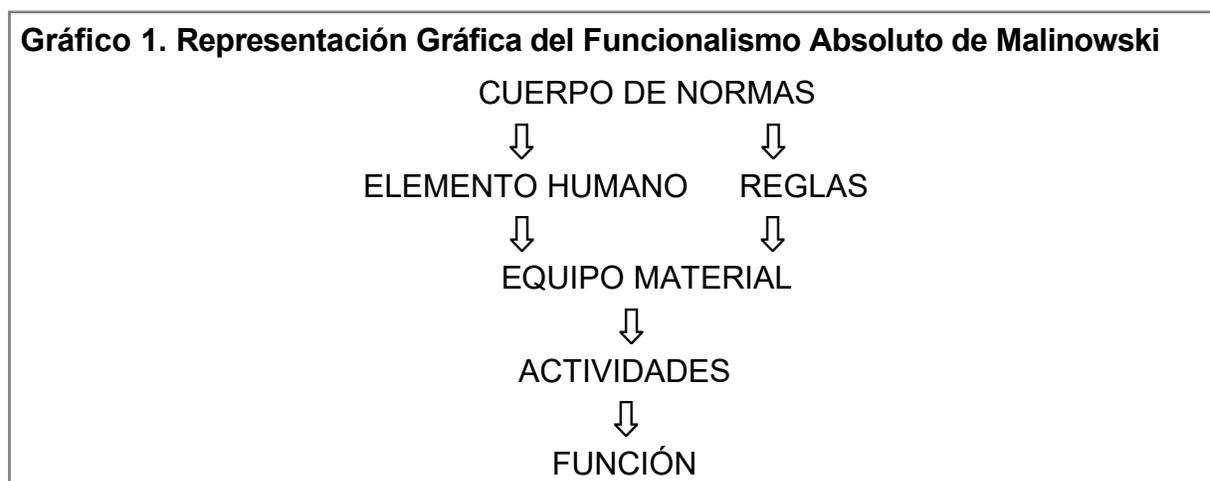
A mayor abundamiento, Malinowski señaló que un rasgo esencial de la cultura era la organización de los seres humanos en grupos permanentes, que dentro de un

³ El génesis del funcionalismo como corriente teórica de las ciencias sociales surge en 1930 en Inglaterra, sin embargo, como alternativa filosófica y metodológica resulta válido señalar que su génesis se encuentra en los Estados Unidos de Norte América, principalmente, si se considera como referente el campo de estudio de la psicología.

⁴ *Vid.* MÉNDEZ RUBIO, Antonio, Perspectivas sobre comunicación y sociedad, Vol. 69. Universitat de València, España, 2004, p. 24.

ámbito material se encuentran cooperando permanentemente a través de las reglas técnicas de su estatus o profesión, las normas de etiqueta, y por supuesto, las consideraciones consuetudinarias en las que se reúnen las costumbres morales, religiosas y jurídicas.

Así pues, en el libro *Una teoría científica de la cultura*⁵, Malinowski contempla el siguiente diagrama para representar gráficamente las estructuras y los contenidos que desarrolla y que el mismo concibe como una ilustración mnemotécnica de su teoría:



Retomado de MALINOWSKI, Bronislaw, et al., Una teoría científica de la cultura, Sarpe, España, 1984, p.74

De esta manera, es posible abundar en los conceptos propuestos y extraer las siguientes conclusiones:

- Todas las actividades están encaminadas a cumplir con un fin.
- La organización de las instituciones está basada en una ley constitucional, en conjuntos de valores y contratos, es decir, los seres humanos se organizan o se incorporan a organizaciones existentes mediante el cuerpo de normas.

⁵ Vid. MALINOWSKI, Bronislaw, et al., Una teoría científica de la cultura, Sarpe, España, 1984, p.74

- El elemento humano de la institución es el grupo regulado por principios de autoridad, división de poderes y distribución de privilegios y deberes.
- Las reglas representan el cumplimiento ideal, son manifestaciones de preceptos, textos y regulaciones.
- La función es el resultado integral de las actividades organizadas
- Sólo dentro de los grupos organizados y por medio de la organización de actividades, es posible llevar a cabo todo acto concreto de los individuos para la satisfacción de necesidades y llevar a cabo cualquier acción.

Por último, es necesario apuntar que acorde con Malinowski⁶ la autoridad en sentido amplio significa “el privilegio y el deber de tomar decisiones, de revolver en casos de disputa o desacuerdo y también de poder hacer respetar por la fuerza tales decisiones. La autoridad es la verdadera esencia de la organización social. Por lo tanto, no puede estar ausente de ninguna organización aislada”, en ese sentido, señala que en algunos casos es necesario aplicar la fuerza para lograr la cohesión en las instituciones y que la importancia de ese principio radica en el desarrollo de las organizaciones militares y su capacidad de intervención en el ataque y defensa de la sociedad.

1.1.2 FUNCIONALISMO RELATIVIZADO DE MERTON

El funcionalismo relativizado surge como una crítica al funcionalismo absoluto, su principal exponente es Robert King Merton (1910-2003), sociólogo estadounidense que criticó los postulados de la unidad funcional de la sociedad propuestos por Bronisław Malinowski, en ese sentido estudio las contradicciones y los conflictos sociales, al considerar que una acción puede ser funcional y disfuncional al mismo tiempo.

De esta forma, Merton introdujo el concepto de disfunción, y señaló que contrario a la propuesta del funcionalismo absoluto: no todo está integrado, no todo elemento de la sociedad cumple con una función y no toda función es indispensable;

⁶ *Íbidem*, p. 81

al respecto, es necesario asumir que una misma función puede ser desempeñada por cosas diferentes y que existe un nuevo enfoque en la noción de función, a saber:

“Las eufunciones son aquellas consecuencias observables que contribuyen al funcionamiento de la sociedad. Las disfunciones, en cambio, lo obstaculizan o perturban. Las funciones manifiestas son aquellas consecuencias objetivas cuya aportación positiva a la sociedad es comprendida y deseada. Las funciones latentes no son ni deseadas ni admitidas⁷”

Así mismo, el autor plantea importantes contribuciones en la explicación de la ausencia de normas pues retoma el concepto de anomía propuesto por el francés Emilio Durkheim; de esta forma, en el libro *Reflexiones del derecho penal, público y privado*, se señala que para Merton la anomia “se da cuando el individuo asume un comportamiento en el que abandona las reglas del juego social, generando lo que el autor denomina un comportamiento desviado, que riñe con las reglas generalmente aceptadas y aplicadas en una sociedad; por ello es evidente que se reconoce la existencia de aspectos conflictivos entre la meta cultural y el medio para alcanzarla, y al no lograr lo propuesto por insuficiencia de medios legales (institucionalizados) desembocan en la anomia.⁸”

En efecto, el concepto de *anomia* proviene del griego *ἀνομία*, es decir, la conjunción del prefijo *ἀ-* (a-) —ausencia de— y *νόμος* (nómos) —ley, orden, estructura—; de esta forma, una vez expuesta la raíz etimológica de la palabra conviene señalar que el concepto no se refiere a una inexistencia de normas en sentido estricto, sino en todo caso, a una inobservancia de los deberes y fines impuestos culturalmente.

⁷ Vid. MORENO VILLA, Mariano, *Filosofía. Antropología, Psicología y Sociología*, Vol. 2, Editorial Mad, España, 2003, p. 477.

⁸ Vid. ANGARITA FEO, Jairo Enríque, et al. *Reflexiones del derecho penal, público y privado*, Colección Lecciones Doctorales, Ediciones USTA, Colombia, 2016, p.63.

Vale la pena enfatizar que en las sociedades modernas es común percibir que para la solución de las múltiples problemáticas que aquejan a la sociedad, el Estado tiene como respuesta la creación de un sin número de leyes que no resuelven la problemática de fondo, así pues, en la agenda legislativa abunda el populismo punitivo, entendido como la reacción al impacto mediático que recibe el delito y, en consecuencia, la estrategia encaminada a resolver los problemas de inseguridad mediante la aplicación de medidas extremas como la tolerancia cero y la mano dura.

1.1.3 FUNCIONALISMO ESTRUCTURAL DE PARSONS

A diferencia de lo expuesto por Malinowski, la obra de Talcott Parsons (1902-1979) aborda el funcionalismo desde una óptica macrofuncional en el que la sociedad es una red de sistemas que interactúan, así pues, la sociedad se mantiene estable en tanto se satisfagan las necesidades vitales que presenta, al respecto, es necesario partir del denominado problema del orden social, es decir, ¿Cómo se mantiene unida la sociedad si los individuos que la integran tienen intereses propios y persiguen la satisfacción de sus propias necesidades, en ocasiones, a expensas de los demás?

Al respecto, el sociólogo estadounidense señaló que la sociedad no existe fuera del sujeto, sino, dentro de él mismo, pues la conformidad que se presenta ante las reglas sociales no se debe únicamente frente a un temor al castigo, sino en todo caso, a la interiorización de normas sociales y reglas de comportamiento; por lo que cada sistema, para sobrevivir y desarrollarse, debe ser capaz de resolver cuatro problemas funcionales:

- A = Adaptation (función adaptativa)
- G = Goal Attainment (logro de objetivos)
- I = Integration (función integradora)
- L = Latency (mantenimiento del modelo latente)

En ese sentido, el individuo dentro de la sociedad desempeña los mandatos sociales exigidos y ocupa posiciones, siempre dentro de cuatro contextos: biológico, psíquico, social y cultural, es decir, se relacionan con cuatro sistemas de acción:

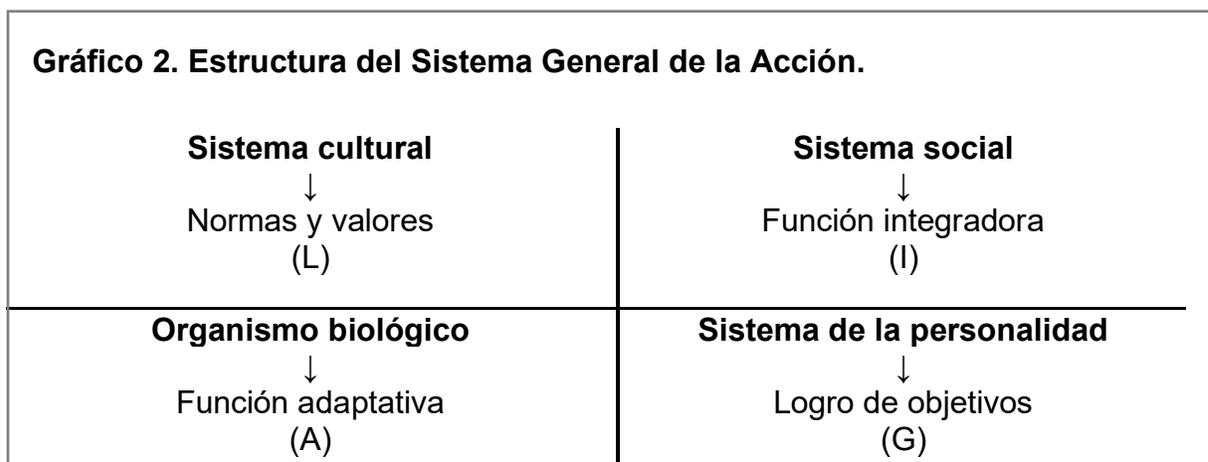
- (A) Función adaptativa → El organismo biológico
- (G) Logro de objetivos → El sistema de la personalidad
- (I) Integración → El sistema social
- (L) Normas y valores → El sistema cultural

Así pues, Parsons concibe el sistema social como un sistema de interacción que, para tener continuidad debe realizar cuatro funciones básicas “en primer lugar debe ser capaz de adaptarse a su entorno y reunir suficientes recursos para hacerlo. En segundo lugar, debe definir y poner en marcha las metas que quiere alcanzar y los mecanismos para lograrlas. En tercer lugar, el sistema debe estar integrado y los diversos subsistemas eficazmente coordinados. Por último, el sistema social debe contar con maneras de preservar y transmitir sus valores y su cultura a las nuevas generaciones.”⁹

Para comprender lo señalado en párrafos anteriores se propone el examen del siguiente esquema, pues del mismo se colige que todo parte de la función, entendida como el complejo de actividades dirigidas hacia la satisfacción de las necesidades del sistema, ahora bien, para lograr el orden social, es necesario mantener los niveles superiores, que permiten realizar una función integradora y lograr consenso de valores, normas y cultura.

⁹ Vid. GIDDENS, Anthony, Sociología, 6ª Edición, Tr. Francisco Muñoz de Bustillo, Alianza Editorial, España, 2014, p. 101.

Gráfico 2. Estructura del Sistema General de la Acción.



Elaboración propia a partir de: GIDDENS, Anthony, Sociología, 6ª Edición, Tr. Francisco Muñoz de Bustillo, Alianza Editorial, España, 2014, p. 101.

Antes de adentrarnos al estudio del funcionalismo penal normativista y la discusión sobre el derecho penal del enemigo, es necesario abordar la teoría general de los sistemas sociales propuesta por el sociólogo alemán Niklas Luhmann.

1.2 EL PENSAMIENTO SISTÉMICO DE NIKLAS LUHMANN Y SU INFLUENCIA EN LA DOGMÁTICA PENAL FUNCIONALISTA

Talcott Parsons incidió directamente en el pensamiento de Niklas Luhmann, uno de los sociólogos más importantes del siglo XX famoso por su formulación de la teoría general de los sistemas sociales, al respecto, a la luz de lo expuesto por Urteaga,¹⁰ es procedente señalar que la teoría luhmanniana de los sistemas se caracteriza por un enfoque transdisciplinar; la existencia de tres sistemas —vivos, psíquicos y sociales que se diferencian por su propio tipo de operación y el modo en que reducen la complejidad—, el carácter referencial o autopoiético de los mismos y un claro interés en la medida en que las sociedades modernas se caracterizan por una diferenciación de sistemas en subsistemas.

¹⁰ URTEAGA, Eguzki, "La teoría de sistemas de Niklas Luhmann" Contrastes. Revista internacional de filosofía, volumen XV, número15, Departamento de Filosofía, Universidad de Málaga, Facultad de Filosofía y Letras Campus de Teatinos, España, enero 2009, p. 301-317.

Amén de entender el párrafo precedente, es necesario hacer referencia a una trinidad, es decir, la persona es un sistema biológico que, al poseer mente individual se identifica como un sistema psíquico, análogamente, al realizar eventos comunicativos adquiere presencia en el sistema social, de esta manera, lo esencial de su teoría radica en que, para el sistema social, el ser humano se concibe como emisor de comunicación.

Por otro lado, es dable señalar que Luhmann retomó el concepto de autopoiesis aplicable al ámbito de la biología y propuesto en 1973 por Humberto Maturana y Francisco Varela, quienes lo conceptualizaron como la condición de existencia de los seres vivos en la continua producción de sí mismos, —esto en clara referencia a la organización de los organismos vivos— y lo trasladó al ámbito de la teoría de los sistemas y la sociología al señalar que los sistemas autopoieticos, también denominados referenciales, son sistemas “que por sí mismos producen todo lo que usan como unidad, mediante lo que usan como unidad, consistiendo precisamente en ello su unidad como sistemas”¹¹; en otras palabras, como sistemas autónomos dotados de reproducción recursiva.

De esta forma, a lo largo de tres décadas Luhmann concibió que era necesario apartarse de las explicaciones desarrolladas por diversos sociólogos, y concebir que la sociedad no se compone de seres humanos, sino en todo caso, de las comunicaciones que se presentan entre los hombres, en consecuencia, las personas individuales participan de subsistemas sin incorporarse a los mismos, por tanto, tampoco se incorporan a la sociedad.

Así pues, la sociedad para Luhmann existe como sistema social que irremediamente aparece desde el momento en que existe comunicación, pues aquello que no es comunicación no forma parte del sistema social, sino del ambiente o

¹¹ Vid. LUHMANN, Niklas, Zwischen Intransparenz und Verstehen. “Fragen an die Pädagogik”, Alemania, 1986, p.77.

medio¹², simultáneamente, concibió que la sociedad para evitar una sobresaturación, crea subsistemas para permitir un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de complejidad con que se ocupa, pues para existir una evolución social es necesaria una dinámica de aumento y reducción de complejidad.¹³

De lo anterior se desprende que Luhmann propone la diferenciación progresiva de las sociedades a lo largo de su evolución temporal en diferentes subsistemas sociales, como la economía, la ciencia, las comunicaciones, la política, la religión, la salud y el derecho, empero, debido a que todo se reduce al conjunto de comunicaciones, no se reconoce al ser humano, antes bien, reconoce los eventos de lucro o perjuicio, la información de falso o verdadero, las decisiones que reconocen mayoría o minoría, las comunicaciones calificadas como trascendentes o inmanentes, y la manutención o destrucción de la vida, respectivamente.

En lo tocante al derecho tampoco se reconoce al ser humano, de acuerdo con André Pedrolli Serretti “aunque una Constitución diga que el ser humano y su dignidad son los valores supremos y absolutos de la sociedad, el derecho no percibe el ser humano como ser ontológico. El único tipo de comunicación que el Derecho puede identificar son las comunicaciones que él califica como lícitas o ilícitas. Es decir, en relación con dicha disposición constitucional, bajo sus propias reglas como sistema social, el derecho identifica como ilícita ciertas vulneraciones del valor dignidad humana para el sistema del derecho, como por ejemplo, el homicidio, sin embargo considera como lícitas otras vulneraciones, como la muerte realizada en legítima defensa, o la eutanasia, en algunos países”¹⁴

¹² La materia, los organismos biológicos, la conciencia de los individuos, etc. son parte del medio o ambiente, de esta forma, al no poseer el carácter de comunicación, no son elementos componentes del sistema social global o sociedad.

¹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Teoría de sistemas y derecho penal. “Fundamentos y posibilidades de aplicación”, Editorial Comares, España, 2005, p.148.

¹⁴ Vid. SERRETTI, André Pedrolli, Derecho penal del enemigo: análisis de un modelo político-criminal. “Del rechazo al derecho penal de la exclusión a la legitimación de un derecho penal de lucha basado en valores constitucionales”, Universidad de Salamanca, España, 2017, p. 200- 201.

Bajo la consideración expuesta es posible deducir: primero, que para Luhmann el ser humano no existe en el plano del lenguaje comunicativo del sistema social, y segundo; que la aparición de subsistemas es análoga a la necesidad de la sociedad de alcanzar un nivel superior de complejidad, en ese sentido, el subsistema del derecho aparece hasta la década de 1980, al desprenderse de la estructura del sistema político.

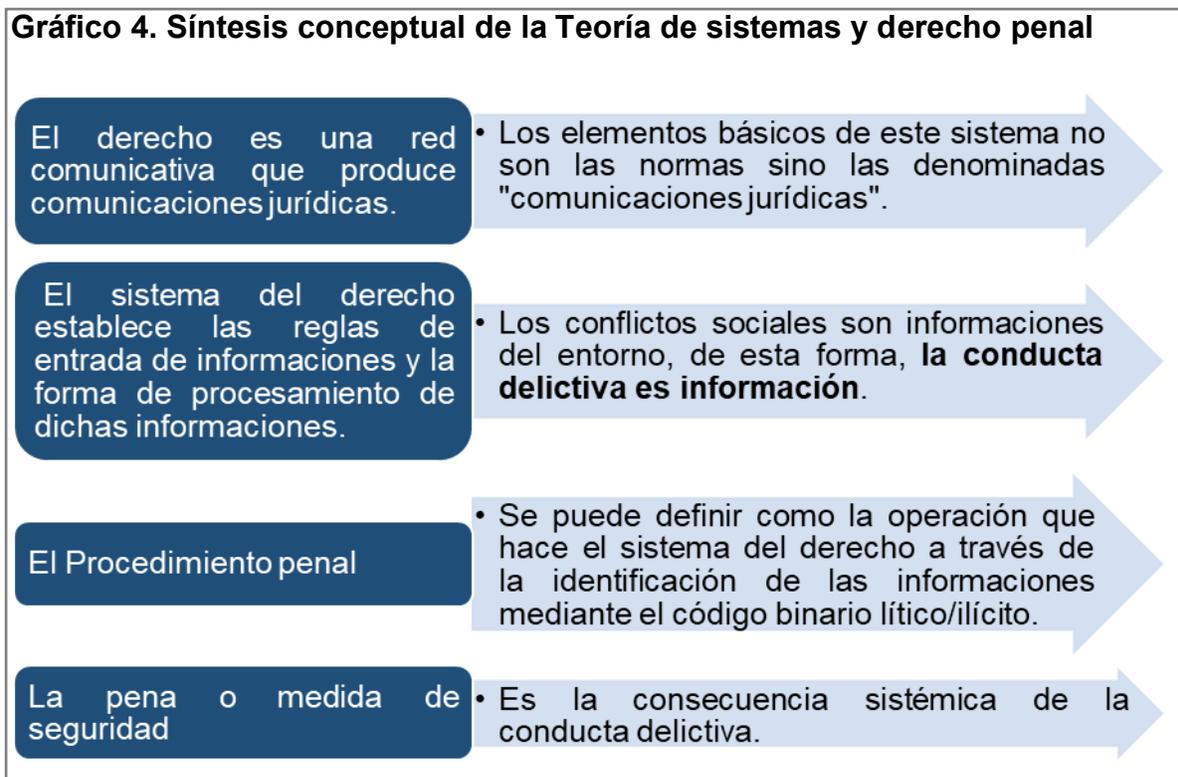


Elaboración propia a partir de: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Teoría de sistemas y derecho penal. "Fundamentos y posibilidades de aplicación", Editorial Comares, España, 2005, p.148

Al respecto, el derecho se apoya para la realización de su función —acorde a derecho/ contrario a derecho, lícito/ ilícito— en otros sistemas sociales, en virtud de ello, en el texto *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación* se señala que “el Derecho no es política ni economía, ni religión ni educación. No produce obras de arte, ni cura enfermedades, ni distribuye noticias. Sin embargo, no podía existir si todas estas cosas no se dieran. Así, como todo sistema autopoietico, el Derecho sigue dependiendo en gran medida de su entorno.”¹⁵ En consecuencia, para el subsistema del derecho únicamente se produce ruido que irrita pero no influye directamente en la comunicación jurídica.

En ese tenor vale la pena sintetizar algunos conceptos relevantes que se ultiman en el siguiente gráfico:

¹⁵ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 104.



Elaboración propia a partir de: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Teoría de sistemas y derecho penal. "Fundamentos y posibilidades de aplicación", Editorial Comares, España, 2005, p.148

1.3 LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El derecho penal del enemigo —Feindstrafrecht— también conocido como derecho penal del riesgo, derecho penal de la emergencia o derecho penal posmoderno; es una expresión acuñada por el célebre jurista Günther Jakobs para hacer referencia a la criminalización de conductas potencialmente peligrosas con la finalidad de preservar la ley penal ciudadana —Bürgerstrafrecht—; en consecuencia, se trata de una reacción estatal polarizada en la que al enemigo se le aísla y excluye del sistema.

En otras palabras, se trata de un derecho penal en el que se busca una respuesta penal y procesal que se aparta de las formas tradicionales, al grado de contraponer un derecho para ciudadanos y un derecho para enemigos; es así que, el primero busca optimizar las esferas de libertad, mientras que el segundo pretende optimizar la protección de bienes jurídicos mediante:

- a) El adelantamiento de la punibilidad.
- b) Penas previstas proporcionalmente altas, ello en razón de que el adelantamiento de las barreras punitivas no es tomado en consideración para reducir de manera correlativa la pena amenazada.
- c) Flexibilización o supresión de determinadas garantías procesales.

En relación con lo anterior es permitente señalar que el destinatario de este derecho penal no es el ciudadano, sino el enemigo, pero ¿Quién es el enemigo? El enemigo es el individuo, ente peligroso, o delincuente que no puede ser tratado como persona puesto que con su conducta no ofrece a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal, así pues, al abandonar de forma duradera y permanente el Derecho a través de su comportamiento —delincuentes sexuales peligrosos—, de su vinculación no pasajera a una organización delictiva —terrorismo, delincuencia organizada—, o bien a través de su ocupación profesional —delincuencia económica, delincuencia organizada—; se convierten en beneficiarios de la desestructuración de la sociedad occidental.¹⁶

A propósito de comprender la complejidad de la teoría de Günther Jakobs se propone estudiar tres elementos esenciales: la sociedad y la persona, la norma y la explicación de la pena desde una perspectiva funcional.

1.3.1 LA SOCIEDAD Y LA PERSONA

Para comprender la concepción jakobsiana en cuanto al derecho, la persona y la sociedad, es necesario partir de la siguiente premisa: en el funcionalismo, todo se agota a la necesidad de autoconservación del sistema social, por tanto, ¿Cómo se constituye la sociedad? ¿Cuál es la relación de la sociedad con el Derecho penal? y, por último, ¿Cuál es la esencia del trato diferenciado entre ciudadanos y enemigos?

¹⁶ IÑAKI RIVERA, Beiras, et al., Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas”, Anthropos Editorial, España, 2005, p. 404.

Eminentemente Günther Jakobs menciona que “la sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser esto así, no se trataría de una construcción). Puesto que se trata de la configuración, y no la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes”.¹⁷

De lo expuesto resulta evidente que la vinculación normativa adquiere un papel preponderante al señalar la necesidad de reglas de configuración que garantizan el proceso de comunicación y que, al igual que la teoría Luhmanniana, la sociedad es una maquinación comunicativa, construida no a través del conglomerado de individuos sino con relación a los actos humanos que forman parte del acto comunicativo.

En ese contexto, la sociedad mantiene las normas y con ello se obtiene regularidad, se generan expectativas y se determina con anterioridad cual es el resultado del contacto que se genera en el sistema social, por lo que resultaría imposible desvincular el derecho penal de la sociedad.

Ahora bien, en cuanto al concepto de persona Günther Jakobs señala que la persona representa un papel, de esta forma “persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma.”¹⁸

¹⁷ Vid. JAKOBS, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, Tr. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas Ediciones, S. L, España, 1996, p. 26.

¹⁸ Vid. *Ídem*.

Cuando Jakobs señala que los individuos son comunicativamente relevantes y que la persona representa un papel en el sistema social es evidente que se abandona la protección de los bienes jurídicos o intereses individuales para dar paso a la protección comunitaria, es decir, manifiesta que el individuo debe renunciar a sus intereses individuales para acoplar su comportamiento según las necesidades funcionales del sistema social.

A propósito de las necesidades funcionales, es indiscutible la influencia de la postura Luhmaniana y su teoría general de los sistemas sociales, lo que implica además una perspectiva cercana al organicismo en la que la sociedad se compone de unidades que hacen posible la vida en conjunto, así pues, de la persona se espera un comportamiento adecuado a la norma. Puesto que en la sociedad existe aquiescencia sobre las normas que la regulan, el calificativo de ciudadano es otorgado a quien cumple la expectativa plasmada, es decir, a quien asume un respeto incondicionado, acrítico e irreflexivo al derecho.

En ese sentido, Jakobs señala que aquellos con voluntad de acatar los preceptos normativos cuentan con disposición jurídica, por lo que no requieren ni intimidación ni costumbre a la fidelidad del derecho; *a contrario sensu*, existen aquellos que no tienen per se, disposición jurídica, y de encontrarse ausente, dichos sujetos no son titulares de los atributos propios del status de personas.¹⁹ En torno a este último supuesto; es decir, al defraudar una expectativa normativa, la sociedad puede reaccionar frente a las agresiones actuales, pero también contra las agresiones futuras, pues ahora ese individuo es el enemigo.

¹⁹ VALENCIA CÁRDENAS, Susana, "Sobre cómo se fundamenta el concepto de persona y de la pena en el derecho penal de enemigo." *Diálogos de Derecho y Política*, número 2, año I, Universidad de Antioquia, Colombia, septiembre- diciembre de 2009, p. 177- 187.

1.3.2 LA NORMA

Para quienes sostienen que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, de acuerdo con los postulados del Derecho Penal del Enemigo la verdadera función es la protección de la vigencia de la norma, pero ¿Qué es la norma?

A pesar de que la concepción jakobsiana no proporciona una definición concreta, es dable reconocer que las relaciones sociales más importantes para la sociedad están tuteladas por una norma penal, al respecto, las normas cumplen la función de garantizar la seguridad de expectativas y rigen socialmente cuando son cumplidas, pero también cuando no se cumplen, pues, en todo caso, la norma no deviene errónea, lo que deviene errónea es la conducta del delincuente.

En ese sentido, la idea de que la norma tiene un carácter orientativo derivado de las expectativas que se generan en el sistema social resulta visible únicamente mediante una cimentación cognitiva, es decir, es necesario que las normas se establezcan, pues “si esta cimentación no concurre en un caso individual, o, incluso, con carácter general, nadie se orientará con base en la norma. Formulando un ejemplo en forma de pregunta: ¿quién correrá sin necesidad el riesgo de que lo maten o de que 'sólo' le roben, únicamente con la certeza de que eso no debe ser? ¿Quién dejará su casa abierta de noche, sólo porque de todos modos nadie que no esté autorizado tiene derecho a entrar?”²⁰

Así pues, para mantener la comunicación social es necesario determinar el comportamiento que se aleja de lo socialmente adecuado, pues de lo contrario se generaría un efecto perjudicial ante la posibilidad de defraudar las expectativas. En ese sentido, la norma expresa identidad social, por lo que aquel sujeto que de

²⁰ JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad." Panoptica, volumen 2, número 7, 2007, p.203. http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_197-213/280

manera persistente y duradera se comporta de modo que no genera una expectativa cognitiva mínima, pierde su carácter de persona y se convierte en enemigo.

En este punto vale la pena destacar que la sociedad cambia a un ritmo vertiginoso y que las consecuencias son patentes ante el aumento del poder punitivo y el derecho penal simbólico, de cuya relación fraternal emerge el derecho penal del enemigo; en ese sentido, la expansión del ordenamiento penal puede constatarse en la actividad legislativa desarrollada en las últimas dos décadas.

A mayor abundamiento, Gabriel Torres²¹ señala que en la evolución actual, tanto del derecho penal material como en el derecho penal procesal, existen tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político- criminal los rasgos de ‘un derecho penal de la puesta en riesgo’ de características antiliberales²²”, así pues, argumenta que desde la perspectiva de los bienes jurídicos se establecen en las normas sanciones desproporcionalmente altas, de lo que se hablara en líneas ulteriores.

1.3.3 LA PENA

Acorde con la teoría Luhmanniana el derecho penal reacciona frente al quebrantamiento de la norma, en ese sentido, es procedente reconocer que en la teoría esbozada por Günther Jakobs la misión de la pena es garantizar la identidad normativa de la sociedad, así pues, la pena es la respuesta a la defraudación de una

²¹ GABRIEL TORRES, Sergio, Derecho penal de emergencia, “Lenguaje, discurso y medios de comunicación. Emergencia y política criminal. Instrumentos y consecuencias”, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2010, p.95.

²² El antiliberalismo, como su nombre lo indica, es la tendencia contraria al liberalismo; lo que el autor pretende señalar es la existencia de un derecho penal autoritario que atenta contra las libertades del individuo y que pugna por la intervención del Estado en la vida social y económica. En ese sentido, muchos otros autores señalan que la postura de Jakobs no es antiliberal, sino que se trata de un derecho penal que se enfrenta a problemáticas como el terrorismo y la guerra, es decir, problemáticas de la época contemporánea.

expectativa normativa, es decir, con la pena se confirma que el comportamiento defraudador no pertenece a la configuración social que hay que tener en cuenta.²³

Ahora bien, como es natural en toda teoría, el profesor Jakobs introdujo nuevos conceptos y apreciaciones en cuanto a la teoría funcional de la pena, en ese sentido, de acuerdo con el profesor Feijoo Sánchez, al tratarse de una teoría científica, no se debe considerar que por sí misma es válida o correcta, puesto que en realidad se trata de una manera de generar nuevas ideas y estimular el debate científico en un tema que parecía resuelto²⁴, por consiguiente, se trata de un conjunto organizado de ideas que explican el fenómeno de la pena a partir del razonamiento realizado tras años de estudio.

En este orden de ideas, la concepción jakobsiana ha sufrido modificaciones en tres momentos:

1) Al principio, la pena se tematizaba sólo como prevención, es decir, cómo una teoría radicalmente preventivo- general, de carácter psicologicista.²⁵

2) Posteriormente, la pena se concibe con la existencia de una teoría funcional de la retribución, es decir, la sanción se convierte en el fin, pues para restaurar comunicativamente la vigencia de la norma es necesaria la comunicación de la sanción.²⁶

²³ JAKOBS, Günther, Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Civitas Ediciones S. L, España, 2004, p. 75.

²⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs", Anuario de derecho penal y ciencias penales, volumen 59, número 1, Universidad Autónoma, Madrid, 2006, p. 111-134.

²⁵ Las concepciones psicologicistas se basan en los presupuestos del psicoanálisis, es decir, explican que todo se origina en la mente del autor y luego se dirige hacia lo externo, por lo tanto, la función de la pena consiste en conformar en la sociedad una conciencia conforme a la establecida en normas, mediante la sanción al sujeto que se desvía de la orientación socializada.

²⁶ Al ser la sanción el fin en sí mismo, se trata de una perspectiva monista o unidimensional.

3) Finalmente, a partir del año 2003, Jakobs concibe a la pena mediante una concepción mixta o unitaria, en la que se abandona la perspectiva monista o unidimensional de la fase anterior.

De cualquier modo y a pesar de las modificaciones, Feijoo Sánchez señala que la teoría de la pena de Günther Jakobs se sustenta en dos pilares fundamentales:

a) Distingue entre expectativas normativas —contrafácticas— y expectativas cognitivas.

b) Transforma la idea de prevención al señalar que la pena previene básicamente los efectos negativos que se pueden derivar del delito para el sistema social; por tanto, la pena no tiene efectos preventivos directo en los individuos —previniendo que éstos lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos—, sino que sus efectos preventivos van dirigidos a dinámicas sociales o colectivas²⁷.

En ese tenor podemos concluir que las expectativas normativas y cognitivas devienen de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, quien a su vez importó dichos conceptos del pensamiento de Galtung; así pues, el proceso reflexivo de la expectativa se puede definir como “aquella necesidad de todo sujeto de aprender no sólo a mantener expectativas respecto al comportamiento de los otros, sino también a mantener las expectativas que van dirigidas contra él mismo, ya que, el proceso de adaptación del sujeto se realiza a través de expectativas.”²⁸ En consecuencia, las expectativas son un logro evolutivo de las sociedades complejas, pues el proceso de adaptación del sujeto se realiza a través de las mismas, de esta manera, se puede distinguir entre el ser y el deber ser.

²⁷ Vid. *Íbidem*, p. 111-134.

²⁸ Vid. MARTÍNEZ MONTERROSA, Alberto, Aportaciones de Niklas Luhmann a la comprensión de la sociedad moderna, Editorial Universidad del Norte, Colombia, 2014, p. 123.

Luego entonces, si las normas cumplen la función de garantizar la seguridad de expectativas para configurar la estructura del orden social y el delito se concibe materialmente como la defraudación de dichas expectativas, la pena “es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor.”²⁹ Dicho de otro modo, la pena cumple una función de estabilización social y con un fin preventivo- general.

1.4 EL PARADIGMA GARANTISTA

Hablar de Garantismo es dilucidar lo que para muchos es un modelo normativo de derecho, una propuesta de teoría general, e inclusive, una alternativa al Estado de derecho, sin embargo, en todo ello se evoca el pensamiento del jurista italiano Luigi Ferrajoli, en torno a quien giran múltiples debates teóricos y filosóficos, principalmente en materia de Derechos Humanos.

En esta lógica, el presente apartado se titula *paradigma garantista*, visto desde la óptica de las ciencias sociales; lo anterior a sabiendas que dicha conceptualización dista del sentido estricto del término paradigma científico, asociado al conjunto de prácticas y saberes que definen una disciplina científica durante un periodo de tiempo y en el que resulta ilustrativo hacer mención de la Teoría Heliocéntrica de Nicolás Copérnico, la Teoría de la evolución de Charles Darwin, la Teoría de la Relatividad formulada por Albert Einstein e inclusive la Teoría del psicoanálisis por Sigmund Freud. En ese sentido, el garantismo no forma parte de una revolución científica, pero si constituye una forma de diagnóstico con respecto al campo del derecho.

En efecto, la obra *derecho y razón*, marca un antes y un después en el pensamiento contemporáneo y en la construcción del Estado constitucional y democrático, sin embargo, antes de abordar una teoría jurídica tan compleja conviene realizar los siguientes cuestionamientos: ¿Se trata de una corriente de

²⁹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *op cit.*, p. 111-134.

pensamiento positivista? ¿Es Ferrajoli partidario del iusnaturalismo? ¿Es posible que el garantismo se trate de una postura iuspositivista- iusnaturalista al mismo tiempo?

De acuerdo con Magaña Luna, existe contraste entre las posturas iuspositivistas y iusnaturalistas, al grado de señalar que son opuestas, pues mientras que la primera está asociada al método científico, la segunda se asocia a la doctrina eclesiástica; en ese sentido, no existen términos medios, aunque sí posturas moderadas de las que surgen entreveraciones que las acercan y las hacen parecer próximas,³⁰ en ese sentido, existe el iuspositivismo ideológico, el formalismo, el imperativismo, el iuspositivismo metodológico y el positivismo lógico; pero, análogamente y en coexistencia, se vislumbra una diversificación de las corrientes del iusnaturalismo, a saber: el iusnaturalismo deontológico, el iusnaturalismo moderado, el iusnaturalismo renovado, el iusnaturalismo crítico, y finalmente, el iusnaturalismo histórico o abierto.

La complejidad descrita en el párrafo anterior hace confusa una distinción entre iusnaturalistas y iuspositivistas, al respecto Moreno Cruz³¹ señala que una hipótesis de trabajo que sirve como guía para realizar un discernimiento, es considerar el papel de la moral como agente determinante de un ordenamiento jurídico, de esta manera, los iuspositivistas inclinan la balanza a favor de la ausencia de moralidad, por mínima que sea, mientras que, a contrario sensu, los iusnaturalistas la inclinan a favor de la relevancia moral. De esta forma, en síntesis, deduce lo siguiente:

“Los iuspositivistas y los iusnaturalistas se diferencian en razón de que los primeros aceptan que una cosa es el derecho y otra la moral.

³⁰ MAGAÑA LUNA, Rubén, Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis, Universidad Complutense de Madrid, España, 2016, p.83.

³¹ MORENO CRUZ, Rodolfo, “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, núm. 120, año XL, México, septiembre-diciembre 2007, p. 844.

Por el contrario, los iusnaturalistas sólo aceptan un derecho que es moral, es decir hay identificación entre derecho y moral”.

Ahora bien, es dable manifestar que como resultado de la globalización y otros fenómenos como el vacío de las ideologías, surge la posibilidad de adoptar referentes teóricos más flexibles que permiten dar explicación a los fenómenos sociales; por esta razón, “ni el iuspositivismo ni el iusnaturalismo —clásicos—sirven para dar cuenta del derecho contemporáneo”³² que necesariamente trae a discusión propuestas con relación a democracia y derechos humanos, en consecuencia, la propuesta ferrajoliana resulta relevante al pretender superar los reduccionismos impulsados en las posturas iusnaturalistas y iuspositivistas.

A propósito de lo apuntado, Luigi Ferrajoli es partidario del positivismo al sostener la tesis de la separación entre moral y derecho, pero convencido de su insuficiencia, se acerca al iusnaturalismo e incide en una nueva concepción que autodenomina *positivismo crítico*, mismo que fortalece el papel de los jueces y de los juristas como los encargados de la mejora permanente del ordenamiento jurídico, así pues, rechaza que la legislación sea fuente privilegiada del derecho o bien, que el derecho por su mera existencia, independientemente de su origen y naturaleza, sea justo.³³

De esta forma, el garantismo ideado por Ferrajoli “se desdobra en dos dimensiones: en el plano metodológico, en el que abraza al iuspositivismo y, en el plano político, en el que se adscribe al pensamiento liberal heredero del

³² Vid. RAMOS, José Antonio et al., El positivismo jurídico a examen. “Estudios en homenaje a José Delgado Pinto”, 1.a edición, Universidad de Salamanca, España, 2006, p. 407.

³³ Al respecto, Pereda Failache considera que “el positivismo que distingue al garantismo no es un positivismo teórico, ya que esta teoría rechaza la tesis de la legislación como fuente privilegiada del derecho; ello en virtud de que las leyes en el nuevo paradigma constitucional se encuentran sometidas a la constitución. Tampoco es un positivismo ideológico, porque rechaza la tesis de que el derecho por el solo hecho de ser derecho sea justo. De esta manera, en el plano de la teoría jurídica, el garantismo descarta el positivismo teórico y rechaza el positivismo ideológico pero, desde el punto de vista metodológico, mantiene una posición positivista...” PEREDA FAILACHE, Carlos, Diccionario de Justicia, primera edición, Siglo XXI Editores, México, 2017, s. p.

iusnaturalismo moderno”³⁴, aunado a lo anterior, diversos autores consideran que el garantismo desde el punto de vista normativo se encuentra estrechamente vinculado con la Teoría del Estado Constitucional, mientras que desde el punto de vista teórico se vincula al denominado neoconstitucionalismo³⁵.

Una vez reconocido lo anterior y a sabiendas que no existen concepciones puras del derecho, valdra la pena destacar que el garantismo surgió en el ámbito del derecho penal y posteriormente extendió su ámbito de aplicación a otras ramas del derecho en respuesta a las transformaciones de los modelos constitucionales contemporáneos, de esta forma, además de ser democrático, reúne los siguientes elementos:

“a] La vigencia de constituciones escritas, consideradas como normas supremas y caracterizadas por su rigidez;

b] un amplio catálogo de derechos fundamentales (las más de las veces, contenidos a través de formulaciones de principios susceptibles de ser interpretados);

c] principio de separación de poderes;

d] mecanismos de control y garantía constitucionales en manos de tribunales especializados (cortes, jueces o tribunales constitucionales); y

e] la constitucionalidad de las instituciones y reglas propias de la forma democrática de gobierno (voto igual y libre, partidos políticos, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas, etcétera)”³⁶

³⁴ Vid. *Ídem*.

³⁵ Vid. FERRAJOLI, Luigi, Garantismo penal, primera edición, Serie Estudios Jurídicos número 34, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p.4.

³⁶ Vid. PEREDA FAILACHE, Carlos, *op cit.*, s. p.

1.5 TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL

Para lograr comprender los motivos por los cuales Luigi Ferrajoli elaboró una teoría del garantismo a partir del derecho penal, es necesario tener en cuenta el contexto del cual emerge, de esta manera, en la obra *Derecho y razón* señala que en Italia el derecho penal se convirtió en protagonista de una crisis tanto política como institucional que no tiene precedentes.

Dentro de ese marco, la crisis señalada forma parte de una realidad global que trasciende las fronteras del país del cual es oriundo, de tal manera que, uno de los efectos perversos de la globalización es su desarrollo; al respecto, es latente la situación general de anomia, la prevalencia de un mundo cada vez más integrado e interdependiente confiado a la ley del más fuerte, la globalización de las comunicaciones y de la economía; pero al mismo tiempo, una polarización que se concretiza en un mundo atravesado por desigualdades crecientes, el declive de los Estados nacionales y del monopolio de la producción jurídica, el desarrollo de nuevas formas de discriminación y de agresión a bienes comunes, así como, el estancamiento del derecho y de las técnicas de tutela a los derechos fundamentales³⁷.

Ahora bien, Luigi Ferrajoli³⁸ señala que los efectos y causas de la profunda crisis del derecho se manifiestan bajo dos aspectos:

- 1) La credibilidad del derecho y;
- 2) La impotencia del mismo.

En efecto, el autor expone que ante la existencia de múltiples cartas, Constituciones y declaraciones de derechos, estatales, continentales, internacionales, los hombres actualmente pueden ser más iguales que en el pasado,

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, "Criminalidad y Globalización", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 115, México, 2006, p. 301.

³⁸ *Ibidem*, p. 302.

sin embargo, sucede lo contrario, pues nos encontramos en un tiempo de profunda desigualdad a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctima miles de millones de seres humanos, por lo que hoy somos incomparablemente desiguales. En segundo lugar, manifiesta que el derecho deviene impotente ante su incapacidad para producir reglas a la altura de los desafíos de la globalización.

Como respuesta a las problemáticas señaladas, es necesario formar un sistema coherente y unitario en consonancia con una de las principales ideas que esboza la teoría, esto es, la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, nacional o internacional, en ese sentido, el garantismo no espera la existencia de poderes buenos, es más, parte de la premisa de que es factible esperar un potencial abuso que es preciso neutralizar, pero ¿cómo neutralizarlo? La respuesta deviene aparentemente sencilla: hacer del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales.³⁹

Habida cuenta de lo señalado, el garantismo de acuerdo con Ferrajoli⁴⁰ se gestó en el ámbito de reflexión del derecho penal ante la necesidad de establecer límites a la intervención punitiva del Estado, por ende, las principales garantías de los derechos de libertad se encuentran vinculadas al pensamiento ilustrado así como a las batallas civiles contra las arbitrariedades y los abusos del antiguo régimen, al respecto, el jurista enumera las siguientes garantías:

1. El respeto de la persona,
2. El principio de la estricta legalidad penal,
3. La rígida sujeción del juez a la ley y su separación de la parte acusadora,

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op cit.*, p.4.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, "Garantismo penal", *Isonomía*, no.32, México, 2010, p. 209. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100011&lng=es&tlng=es.

4. Los principios de ofensividad y materialidad de los delitos,
5. El carácter personal de la responsabilidad penal,
6. La tutela de la libertad de conciencia y de pensamiento,
7. La presunción de inocencia salvo prueba en contrario,
8. La sujeción del juez a la ley, que es garantía de inmunidad del ciudadano frente a la arbitrariedad y los tratamientos contrarios a la dignidad de la persona,
9. El valor de la confrontación de las partes y de los derechos de la defensa.

De esta forma el derecho penal se proyecta en garantías que permiten el control del poder punitivo del Estado; al respecto se propone realizar tres reflexiones:

I. En el derecho penal se manifiestan las relaciones entre el Estado y el ciudadano, entre la autoridad y la libertad, entre la defensa social y las garantías individuales,

II. Las garantías penales y procesales permiten la efectividad de la democracia constitucional y la teoría del estado constitucional de derecho,

III. El garantismo penal permite una reflexión filosófica-jurídica que trastoca toda la fenomenología del derecho, al mismo tiempo que somete a debate la validez y efectividad del derecho penal, la reflexión entre el ser y el deber ser de las intervenciones punitivas del Estado, así como, que el derecho penal sea instrumento de minimización de la violencia en la sociedad, entre otras.⁴¹

Ahora bien, antes de continuar la exposición es necesario puntualizar lo relativo al delito, la pena y el proceso, para ello, Ferrajoli⁴² comienza por señalar que el derecho penal es “una técnica de definición, comprobación y represión de la

⁴¹ *Ídem.*

⁴² *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, *op cit.*, p. 209.

desviación. Esta técnica, sea cual sea el modelo normativo y epistemológico que la informa, se manifiesta en *restricciones y constricciones* sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados como tales.”

Por consiguiente, para justificar el derecho penal desde un orden lógico, la propuesta ferrajoliana acepta la existencia *grosso modo* de tres restricciones, mismas que se contrastan con los momentos de la técnica punitiva del derecho penal, como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 1. Los momentos de la técnica punitiva y sus restricciones según Ferrajoli

LA TÉCNICA PUNITIVA		
Momento	Restricción	La justificación a la restricción
Delito	La definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas.	La justificación de las opciones que guían la definición de los presupuestos de las penas, esto es, de los hechos calificados como delitos.
Pena	La represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones.	La justificación en general del derecho a castigar como una concepción clásica en el pensamiento jurídico filosófico.
Proceso	El sometimiento coactivo a juicio penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales.	La justificación de las formas y procedimientos de investigación de los delitos y de aplicación de las penas.

Elaboración propia a partir de: FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, “Teoría del garantismo penal”, Tr. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés, Colección Estructuras y procesos. Serie derecho, Editorial Trotta, S.A., España, 1995, p. 209.

CAPÍTULO II

NOCIONES BÁSICAS DE DERECHOS HUMANOS Y LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Una vez abordado el marco teórico relativo a las bases del funcionalismo sociológico y el desarrollo de la corriente del funcionalismo penal sistémico de Günter Jacobs, así como la teoría del derecho penal del enemigo, el paradigma garantista y su concreción en la teoría del jurista Luigi Ferrajoli; corresponde al siguiente apartado la precisión de las nociones básicas de Derechos Humanos y de Prisión Preventiva Oficiosa, lo anterior al considerar que con frecuencia prevalecen mitos y tergiversaciones, así como cuestionamientos relativos a su efectividad.

2.1 CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Existen múltiples conceptualizaciones a cerca de los Derechos Humanos, por lo que en el presente apartado sólo referiremos algunas de ellas, no obstante, es preciso señalar que el término en ocasiones es utilizado con particular imprecisión, lo cual deriva en acepciones presuntamente equivalentes, como: derechos naturales, derechos subjetivos públicos, derechos individuales, derechos fundamentales y garantías individuales.

Al respecto, Jorge Carpizo puntualiza que “sobre los Derechos Humanos se han escrito cientos de volúmenes y aún se escribirán muchos más, porque es uno de los temas más importantes para el hombre, es el que se refiere a su dignidad, y es una cuestión compleja que puede ser examinada desde múltiples perspectivas y por las más diversas disciplinas”⁴³, en ese sentido, si bien no es posible establecer la naturaleza o esencia de los mismos, es posible distinguir dos perspectivas: la concepción positivista o bien, la del derecho natural.

⁴³ Vid. CARPIZO, Jorge, Derechos Humanos y Ombudsman, primera edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1993, p. 71.

Ahora, sobre este punto el investigador emérito afirma que ambas escuelas son muy diversas; para el positivismo los Derechos Humanos son aquellos que el Estado *otorga* en su orden jurídico, mientras que, para el derecho natural la base de los derechos humanos se encuentra en la dignidad de la persona y nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de esos derechos, así pues, el Estado únicamente *reconoce* los Derechos Humanos y los garantiza en alguna medida.⁴⁴

Puesto que Carpizo en su obra se identifica como partidario del derecho natural, elabora una conceptualización de los Derechos Humanos con la premisa de que la base del ordenamiento político, jurídico y social es la dignidad humana; desde esa óptica menciona que, “una primera definición de los Derechos Humanos puede ser: el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural.”⁴⁵

De igual modo, el profesor Eusebio Fernández, citado por Marco Antonio Sagastume Gemmell, pone especial énfasis en la idea de dignidad al manifestar que “Toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Estos derechos son fundamentales, es decir se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad.”⁴⁶

⁴⁴ CARPIZO, Jorge, "Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características" Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25, Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio- diciembre de 2011, p. 4.

⁴⁵ *Vid. Íbidem*, p. 13.

⁴⁶ *Vid.* SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio, ¿Qué son los Derechos Humanos?, "Evolución Histórica", Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.a., <http://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>, p.12.

Una postura completamente opuesta ocurre cuando los Derechos Humanos se conceptualizan a partir de la ley positiva, es decir, a partir de lo escrito en el ordenamiento jurídico, en lo conducente, una postura positivista se ejemplifica con Jesús Mosterín⁴⁷, al señalar que “los derechos no son algo que exista ya dado en la naturaleza y que nosotros nos limitemos a descubrir, como los cromosomas o los continentes. Los derechos los creamos nosotros mediante nuestras convenciones. Así que la pregunta relevante no es “¿qué derechos tiene tal criatura?”, sino “¿qué derechos queremos que tenga?”

A mayor abundamiento, Jesús Mosterín señala que la evolución cultural incide en el ulterior otorgamiento de derechos, pues lo plasmado en la legislación positiva deriva de una sensibilización ante los dolores e intereses ajenos, en consecuencia, lentamente se transforman nuestros valores, preferencias, valores y convenciones; en cualquier caso, para el positivismo sólo es derecho aquello que está escrito y vigente en el ordenamiento jurídico en un determinado momento histórico.

En efecto, cada definición que se proporciona representa una opinión o juicio que emite el autor, es decir, parte de una representación mental que se apega a su fundamento filosófico, por ejemplo, el profesor Gregario Peces-Barba⁴⁸, citado por Marco Antonio Sagastume Gemmell formula una conceptualización desde una perspectiva dualista al señalar que los Derechos Humanos son:

“Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción.”

⁴⁷ MOSTERÍN, Jesús, Tribuna: Los derechos de los animales, Creando derechos, El País, España, 29 de agosto de 1999, opinión, s. p.

⁴⁸ Vid. SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio, *op cit.*, p.11.

De lo anterior se advierte que la conceptualización propuesta por Peces-Barba abandona la doctrina del iusnaturalismo y el positivismo jurídico, pues el autor considera que ambas son posturas extremas, no es posible conceptualizar los Derechos Humanos como instrumentos de naturaleza ya sea moral o jurídica, en consecuencia, recomienda utilizar un concepto integrador de los Derechos Humanos para evitar las teorías reduccionistas, en este punto surge el concepto dualista enunciado, mismo que inserta derechos naturales en normas jurídicas de derecho positivo para permitir su protección e inclusive la posible coacción Estado.

Sin embargo, recientemente, Peces-Barba ha sugerido añadir la dimensión de eficacia a su conceptualización de los Derechos Humanos, en lo que denomina trialismo o visión integral, por tanto de acuerdo con esta teoría los Derechos Humanos son:

“a) Una pretensión moral justificada: que se centra en una serie de valores. Esta pretensión se construye a partir de la reflexión racional ofrecida por la filosofía moral, política y ética.

b) Un subsistema dentro del sistema jurídico, con lo que se exige la existencia de una obligación impuesta por una norma jurídica. Significa que la pretensión moral justificada se puede incorporar a una norma jurídica, de tal forma que obligue a sus destinatarios y se pueda garantizar y se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos.

c) Una realidad social, con lo que se exige la armonía con los factores sociales, económicos o culturales. Esto significa que los factores sociales condicionan la justicia y la moralidad de las normas, sobre todo en lo que se refiere a su contenido igualitario. Exige por tanto la realizabilidad de la pretensión recogida en la norma jurídica.”⁴⁹

⁴⁹ *Vid.* REY PÉREZ, José Luis, El discurso de los derechos: una introducción a los derechos humanos. Universidad Pontificia Comillas, España, 2011.

2.2 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Los principios constitucionales en materia de Derechos Humanos se establecen en el tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que señala que en el ámbito de sus competencias las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La jurisprudencia y la doctrina ha abundado en torno a los principios, de esta forma existen criterios importantes como en la Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.) sustentada por un Tribunal Colegiado de Circuito y publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta bajo rubro *PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN*. Bajo esta tesis en líneas siguientes se desarrollan los principios constitucionales señalados:

➤ Universalidad.

El principio de universalidad consiste en que, sin importar la raza, el color, el sexo, el origen étnico o social, la religión, el idioma, la nacionalidad, la edad, la orientación sexual, la discapacidad o cualquier otra característica distintiva, los seres humanos poseen una serie de derechos con independencia del país en que hayan nacido o en el que habiten, de esta forma, el párrafo quinto del artículo primero de la Constitución Federal prohíbe todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Al respecto, la Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.) señala que los Derechos Universales son “inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta

flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona.”⁵⁰

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵¹ adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, hace extensiva la protección universal de los Derechos Humanos al señalar en su artículo 2 la imposibilidad de hacer distinción con motivo de la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

➤ Interdependencia e Indivisibilidad

Los conceptos de interdependencia e indivisibilidad derivan de una concepción integral de los Derechos Humanos, sin embargo, en ocasiones se vinculan de tal forma que no es posible establecer distinciones claras, en ese sentido, la Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.) señala que el principio de interdependencia se encuentra vinculado al de indivisibilidad, pues los Derechos Humanos deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, pues en todo caso se complementan, potencian o se refuerzan recíprocamente.

Como resulta evidente de las líneas transcritas, el Tribunal Colegiado de Circuito no realiza una conceptualización y diferenciación de los principios, pues únicamente se limita a argumentar que gracias a los principios enumerados los

⁵⁰ Vid. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tomo 3, Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.), Materia Constitucional, Página: 2254. PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit.

⁵¹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 1948, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Derechos Humanos se complementan, potencian o refuerzan; en ese sentido, ante la ausencia de un concepto, se retoma la aproximación del texto “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”.

Al respecto, los autores comienzan por examinar la terminología y establecen que “mientras el prefijo inter significa ‘entre’ o ‘en medio’, el prefijo in indica ‘negación’, de tal forma que la palabra interdependientes expresa vinculación entre derechos, y la palabra indivisible, la negación de separación entre ellos. así, preliminarmente conviene señalar que los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos, y son indivisibles en la medida en que no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto.”⁵²

En otras palabras, desde una visión global de los Derechos Humanos la indivisibilidad implica que no puede prescindirse de ninguno de ellos, se encuentran unidos por principios y están situados en un mismo nivel, de tal forma que, no se pueden categorizar o realizar distinciones y señalar que unos son más o menos relevantes. Por otro lado, la interdependencia implica que el disfrute de un Derecho Humano conlleva a la satisfacción simultánea de los otros, y al estar vinculados, la transgresión a uno de ellos necesariamente puede impactar en el resto.

➤ Progresividad

De acuerdo con la interpretación realizada en la Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.), la progresividad “constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre

⁵² Vid. VÁZQUEZ, Luis Daniel, et al., La reforma constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma, primera edición, Eds. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Serie Doctrina Jurídica, núm. 609, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 132.

educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.”⁵³

A pesar de que el razonamiento transcrito en el párrafo anterior se limita a enunciar el compromiso de los Estados para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, es necesario aclarar que el principio de progresividad aplica a la totalidad de los Derechos Humanos con la finalidad de que estos no disminuyan o retrocedan, por otro lado, de acuerdo con la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵⁴ el principio de progresividad implica definir metas a corto, mediano y largo plazo, pues la efectividad de los Derechos Humanos es fruto de un proceso que no se logra de forma inmediata, es decir, implican *gradualidad*.

Por otro lado, la Segunda Sala de ese Alto Tribunal señaló que el disfrute de los Derechos Humanos implica por un lado la prohibición de regresividad, pero también el mandato constitucional de realizar los cambios y transformaciones en la estructura económica, social, política y cultural del país para garantizar su disfrute, de esta forma, además de gradualidad se configura el *progreso*, mismo que implica que los Derechos Humanos siempre deben mejorar.

⁵³ Vid. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tomo 3, Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.), Materia Constitucional, Página: 2254. PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit.

⁵⁴ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, Décima Época, Tomo I, Tesis 2a./J. 35/2019 (10a.), Materia Constitucional, Común, Página: 980. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.

Por último, esa Segunda Sala señaló que el principio de progresividad exige que todas las autoridades del Estado, en su ámbito competencial tengan la obligación positiva de promover los Derechos Humanos, de tal forma que se aumente el grado de tutela en su promoción, respeto, protección y garantía, así mismo, imposibilita que las autoridades adopten medidas que disminuyan el nivel de protección a los Derechos Humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano sin que medie justificación constitucional plena.

2.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO

De acuerdo con el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española⁵⁵, el término medida cautelar se refiere a un instrumento procesal de carácter precautorio que tiene como fin garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que se deben dilucidar en el proceso, de forma que el órgano jurisdiccional puede adoptar las medidas cautelares de oficio o a solicitud de las partes.

Análogamente, el Diccionario jurídico mexicano⁵⁶ coincide con la Real Academia Española al manifestar que una medida cautelar es un instrumento que puede decretar el juzgador a solicitud de las partes o de oficio para: I) conservar la materia del litigio, así como para, II) evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad con la tramitación de un proceso; al respecto, señala que dichas medidas pueden tomarse: con anterioridad, al inicio, durante la tramitación o en tanto se dicta sentencia firme que pone fin al proceso.

A mayor abundamiento el Diccionario jurídico mexicano reconoce que las medidas cautelares también son conocidas como providencias o medidas precautorias presentes en diversas materias, pues se trata de uno de los elementos esenciales del proceso para lograr que una sentencia tenga eficacia práctica y que evidentemente no recaiga en una sentencia de fondo inútil, sin embargo, también

⁵⁵ Real Academia Española, Diccionario del español jurídico, Espasa, Madrid, 2016

⁵⁶ ABASCAL ZAMORA, José María, et al., Diccionario jurídico mexicano, Tomo VI. L-O, primera edición, Serie E, Varios, núm. 28, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1984, p. 155.

revela que lastimosamente en nuestro ordenamiento procesal no se han considerado los avances doctrinales nacionales y extranjeros, ni los adelantos compatibles que resultan de la legislación y jurisprudencia de otros países.

Algo semejante ocurre con la academia, pues de 1985 al año en curso, existen en la Universidad Nacional Autónoma de México un total de 29 registros de tesis en las que se abordaron las medidas cautelares como tema de estudio en diversas ramas del derecho, situación similar ocurre en otras instituciones de educación superior en materia jurídica del país, como la Escuela Libre de Derecho, en la cual existen sustentadas un total de 6 tesis, ahora bien, con base a una búsqueda acotada del año 2008 al 2019, en la Biblioteca Central de la Universidad Nacional Autónoma de México —misma que posee uno de los acervos bibliográficos más grandes de México—, existen 7 libros cuyo título contiene la palabra medidas cautelares, de los cuales únicamente dos tienen relación con la materia penal y el resto se refiere a materias como procesal electoral, derecho de familia, derecho registral, etc.

En ese tenor, Martínez Bazán reconoce que el estudio de las medidas cautelares en materia penal fue escaso en la doctrina mexicana hasta la reforma de 2008 porque en esencia se le dio más importancia a la teoría del delito que a temas procesales, sin embargo, el autor destaca el análisis sistemático que realiza Ovando Ramón al enunciar que una definición de medidas cautelares para el proceso penal se encuentra en confección, tomando en consideración que en esencia se trata de una figura que tuvo su origen en el derecho procesal civil y que previo a la reforma se tenía una tradición procesal mixta.

Por otro lado, considerando que los académicos y operadores del sistema acusatorio adversarial en México se han apoyado de otros países del continente para la construcción del marco conceptual, López Masle profesor chileno —citado por Martínez Bazán⁵⁷— formula la siguiente conceptualización respecto a las medidas

⁵⁷ *Vid.* MARTÍNEZ BAZÁN, Abraham, “Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial”, Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría

cautelares: “son aquellas que limitan exclusivamente las libertades y derechos de la persona imputada en el curso del procedimiento para asegurar la realización de los fines penales del procedimiento.”

Dejando atrás las definiciones vertidas es necesario precisar un conjunto de características que son comunes en las medidas cautelares. Chacón Rojas⁵⁸ enuncia las siguientes:

a). Jurisdiccionalidad: Las medidas cautelares pueden ser adoptadas durante cualquier momento de la tramitación del procedimiento, siempre y cuando se haga mediante resolución motivada y por el órgano jurisdiccional competente.

b) Instrumentalidad: Las medidas cautelares se encuentran supeditadas al proceso penal y constituyen el medio para asegurar su normal desarrollo, tienen como finalidad garantizar la aplicación del *ius puniendi*, pero en ningún caso pueden ser adoptadas como medida de seguridad o como pena anticipada.

c) Provisionalidad: Característica que señala que la duración máxima de las medidas cautelares coincide con la de la tramitación del proceso de la que es dependiente, empero, si durante la tramitación del mismo se produce una variación de los presupuestos en que se fundamentan las medidas, éstas podrán ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte.

d) Proporcionalidad: Las medidas cautelares pueden ser de intensidad diversa, es decir, pueden limitar la libertad individual o la disponibilidad de ciertos bienes, en consecuencia, el órgano jurisdiccional deberá modularlas para: evitar que se conviertan en una pena anticipada incompatible con la presunción de inocencia, así como para adecuarlas al fin que con ellas se pretende.

Jurídica, número 20, año 10, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, octubre 2016-marzo de 2017, p. 134.

⁵⁸ CHACÓN ROJAS, Oswaldo, Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Gobierno Federal, SEGOB, México, 2011. p.36.

e) Homogeneidad: El autor señala que las medidas cautelares no tienen una identidad perfecta sino mera homogeneidad, lo anterior quiere decir que las medidas cautelares están destinadas a garantizar los efectos futuros de la sentencia, por lo que participan en cierto modo de la naturaleza de las medidas ejecutivas que tienden a preordenar.

f) Excepcionalidad: La adopción de medidas cautelares se deben acordar necesariamente con carácter excepcional y en apego a los límites legales establecidos al efecto, en consecuencia, la libertad del imputado en el proceso debe ser respetada salvo que se estime indispensable —por razones de cautela o de prevención especial— la pérdida de libertad.

Además de las características expuestas, Chacón Rojas⁵⁹ expone que las medidas cautelares suponen: “la limitación de la libertad personal (o de otros derechos), sin que aún se haya declarado de manera irrevocable que el acusado es merecedor de una sanción privativa de la libertad (o de otros derechos) e incluso la posibilidad de la limitación de su derecho a la libre disposición sobre su patrimonio, sin que aún se haya declarado de manera irrevocable que sea responsable de unos daños cuya reparación ha de afrontar con su patrimonio”, es decir, suponen una clara irrupción del poder público en la esfera personal de los sujetos, por lo que deben existir indicios sólidos, racionales y fundados que hagan presumir la existencia de un delito y la probabilidad de que el imputado hubiese participado en su comisión — *fumus boni iuris*— pero además, como presupuesto se debe acreditar la existencia del *periculum in mora*, esto es, que realmente se dé un peligro concreto.

Continuando con la exposición, el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 155 establece un abanico de opciones que se pueden aplicar a solicitud del Ministerio Público, la víctima u ofendido, de forma que el juez puede en ejercicio de sus facultades imponer al imputado una o varias de las que a la letra se señalan:

⁵⁹ *Ídem*.

- I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II. La exhibición de una garantía económica;
- III. El embargo de bienes;
- IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
- V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares;
- VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- IX. La separación inmediata del domicilio;
- X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
- XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;
- XII. La colocación de localizadores electrónicos;
- XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o
- XIV. La prisión preventiva”

En concreto, las restricciones o limitaciones temporales que son impuestas en audiencia pública por el juez no pueden ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada, pues únicamente tienen como objetivos el asegurar la presencia del imputado en el proceso, el garantizar la seguridad de las partes —víctima, ofendido, testigo— y evitar la obstaculización del procedimiento.

2.4 PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Previo al estudio de la prisión preventiva oficiosa es necesario conceptualizar el término de prisión⁶⁰ —palabra proveniente del latín *prehensio*, *-ōnis*— que reúne entre otras las siguientes acepciones: acción de prender (agarrar); cárcel o sitio donde se encierra y asegura a los presos; cosa que ata o detiene físicamente; pena de privación de libertad, inferior a la reclusión y superior a la de arresto; grillos, cadenas y otros instrumentos con que en las cárceles se asegura a los presos.

En cuanto al vocablo preventiva, el Diccionario de la lengua española señala que deriva del latín *praeventus*, participio pasivo de *praevenīre* 'prevenir', e -ivo. Se trata de un adjetivo cuyo significado es “que previene”, es decir, aquello que: prepara, apareja y dispone con anticipación lo necesario para un fin; prevé, conoce de antemano o con anticipación un daño o perjuicio; evita, estorba o impide algo; anticipa a un inconveniente, dificultad u objeción.

Una vez señalado lo anterior, el Diccionario de la lengua española conceptualiza el término prisión preventiva como la prisión que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio, mientras que el Diccionario del español jurídico⁶¹ la refiere como una medida privativa de libertad que se acuerda judicialmente antes de que se produzca una sentencia condenatoria para evitar la destrucción de pruebas o prevenir el peligro de fuga.

⁶⁰ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Espasa Calpe, Madrid, 2018

⁶¹ Real Academia Española, Diccionario del español jurídico, Espasa, Madrid, 2016

Desde esta óptica la prisión preventiva es una medida cautelar privativa de la libertad personal, que en el ámbito académico y por diversos autores se ha denominado de diversas formas, por ejemplo, detención provisional, prisión sin condena y encarcelamiento preventivo, así pues, el Diccionario jurídico mexicano⁶² remite del apartado relativo a prisión preventiva al apartado correspondiente a detención preventiva y enuncia que, debe entenderse como una medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad por virtud de la cual se le priva de la libertad al acusado en un proceso penal en el caso de un delito grave, en cuanto a que se presume intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo.

Más aún destaca que en las líneas dedicadas a la detención preventiva, el Diccionario jurídico mexicano tome en consideración los inconvenientes que se le han atribuido a la misma, al señalar que al menos en la práctica con frecuencia se vieron mermados los derechos regulados en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además, hace referencia a una vigorosa corriente doctrinal que al igual que en otros países pretende limitar en lo posible la prisión preventiva y sustituirla por medidas cautelares menos restrictivas de la libertad personal, citando como ejemplo a la libertad vigilada, el arresto domiciliario, el arraigo, etc.

Por otra parte, la Enciclopedia Jurídica Mexicana⁶³ establece que se trata de una medida precautoria “establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva la libertad del acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito grave y, por ello, existe la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo.”

⁶² ABASCAL ZAMORA, José María, et al., Diccionario jurídico mexicano, Tomo III. D, primera edición, Serie E, Varios, núm. 24, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983, p. 278.

⁶³ *Vid.* INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo III, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p.513.

En ese sentido la prisión preventiva se esboza como la privación de la libertad previo a una sentencia condenatoria ejecutoriada, al respecto, Raúl Cárdenas⁶⁴ señala que se trata de “una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privada de libertad, es decir, su finalidad estriba en que el proceso fluya normalmente y si al concluir éste se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplique la pena con toda certeza.”

No omito señalar que en México coexiste la prisión preventiva oficiosa y la justificada, al respecto, el tema de investigación que se sustenta es “prisión preventiva oficiosa”, expresión que hace alusión a las actuaciones que deben realizarse sin necesidad de actividad de parte interesada, sin embargo, a través del siguiente gráfico se ilustran las disposiciones generales, así como las diferencias más significativas:

Tabla 2. Cuadro comparativo prisión preventiva oficiosa y justificada

PRISIÓN PREVENTIVA	
Disposiciones Generales	<ul style="list-style-type: none"> • Se establece sólo para delitos que merecen pena privativa de libertad. • El sitio para la prisión preventiva está completamente separado y es distinto del que se destina para la extinción de las penas. • La prisión preventiva es ordenada conforme a los términos y condiciones del Código Nacional de Procedimientos penales. • La prisión preventiva no puede exceder el tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso.

⁶⁴ Vid. CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, F., La prisión preventiva en México, México, Editorial Porrúa, 2004, p.76.

- La prisión preventiva no puede ser superior a dos años⁶⁵, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Clasificación	OFICIOSA	JUSTIFICADA
<p>➤ Se denomina de esa forma debido a que el juez de control en el ámbito de su competencia ordena la prisión preventiva de forma oficiosa.</p> <p>➤ No es necesario que el Ministerio Público la justifique.</p> <p>➤ Se ordena la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada⁶⁶, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.</p>		<p>➤ El Ministerio Público la solicita al juez.</p> <p>➤ Es necesario aportar elementos para acreditar que otras medidas cautelares no son suficientes.</p> <p>➤ Se utiliza para:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio • El desarrollo de la investigación, • La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, • Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Elaboración propia a partir de diversas fuentes.

⁶⁵ De acuerdo con el artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales “Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares”.

⁶⁶ La Ley en materia de Delincuencia Organizada, así como la Ley General de salud, secuestro y trata de personas establecerá respectivamente, los supuestos que ameritan prisión preventiva oficiosa.

Después de las consideraciones vertidas es pertinente señalar que la finalidad de la prisión preventiva es garantizar la presencia del imputado en un eventual juicio oral, y de forma subsidiaria de acuerdo con Arriaga Valenzuela⁶⁷ pretende evitar que se coloque en riesgo a las víctimas o evitar afectaciones en el desarrollo de la investigación; sin embargo, el autor parafraseando lo señalado en el texto “Los mitos de la prisión preventiva en México” enuncia que en México históricamente la prisión preventiva ha sido desnaturalizada y no ha operado como medida cautelar de *ultima ratio*, sino como una pena anticipada.

Aunado a lo anterior, el autor enuncia la responsabilidad superlativa que adquiere el juzgador en el momento de determinar la imposición o no de una medida cautelar, pues es evidente que convergen en el mismo plano axiológico los derechos de la víctima y del imputado, al igual que el interés de la comunidad política y del Estado en el desarrollo de la justicia como fin de su existencia, empero, no debe pasarse por alto que la prisión preventiva es un acto procesal que afecta derechos fundamentales y que debe satisfacer estándares mínimos de protección judicial.

No obstante existe la responsabilidad superlativa del juzgador para determinar la imposición de la medida cautelar aludida, en el caso de la prisión preventiva oficiosa se presenta un régimen de excepción sobre una medida que es de carácter excepcional, de manera que al establecer un catálogo de delitos se obliga a los juzgadores a imponerla atendiendo al contenido del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Federal.

Lo anterior se corrobora con lo enunciado por Gómez Pérez⁶⁸ al manifestar que la prisión preventiva oficiosa “no es otra cosa que la obligación que tiene el juez

⁶⁷ ARRIAGA VALENZUELA, Luis, et al., “Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, México, 2013, p.1877, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/26.pdf>

⁶⁸ Vid. GÓMEZ PÉREZ, Mara, “La prisión preventiva en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales” en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, et al., (coord.) El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios, primera edición, Serie Versiones de autor, núm. 3, UNAM, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2015, p.264.

de imponer esta medida cautelar a todas las personas que son acusadas de cierto tipo de delitos: Los delitos graves. Es decir que, en estos casos, con la simple acusación del Ministerio Público, el Juez está obligado a imponer la medida de prisión preventiva”

A propositico de lo apuntado, Gómez Pérez indica que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la única en todo el continente americano que contiene una lista de los casos en los que procede la prisión preventiva oficiosa, pues ninguna otra contempla un catalogo de esa naturaleza o siquiera parecido.

2.4.1 ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DEL GARANTISMO PENAL

Resulta evidente que la prisión preventiva oficiosa en los términos en los que se encuentra prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es contraria a la Reforma Constitucional del año 2008 y 2011; en consecuencia, constituye una agitación a las aspiraciones de mejora al proceso penal y la protección de los Derechos Humanos, así pues, en las condiciones actuales de inseguridad pública se potencializa una respuesta mediática, simple, rápida y punitiva del Estado: la prisión a cualquier sospechoso, lo que invariablemente entorpece el uso de medidas alternativas en el marco del garantismo penal.

En ese sentido Luigi Ferrajoli⁶⁹ hace patente el uso y abuso judicial de la prisión preventiva como pena anticipada y coerción inquisitiva, por consiguiente, comienza por establecer que se trata de una metástasis⁷⁰ legislativa en la que se produce una especie de espiral —el autor explica que practicas perversas alimentadas por la naturaleza de la institución, exigen nuevas perversiones legislativas de esta, que a su vez provocan ulteriores perversiones judiciales y así sucesivamente— de esta forma la

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op cit.*, p. 775.

⁷⁰ El término “metástasis”, del gr. μετάστας metástasis 'cambio de lugar', se define como: “...Propagación de un foco canceroso en un órgano distinto de aquel en que se inició. ...” (Real Academia Española, Diccionario del español jurídico, Espasa, Madrid, 2016)

prisión preventiva cumple con dos funciones principales, una de orden punitivo y la otra de orden procesal.

La primera función, esta vinculada a la prisión preventiva como pena anticipada, es decir, la captura del imputado sospechoso de forma inmediata representa la medida de defensa social más eficaz— primero se castiga y después se procesa, o mejor, se castiga procesando— la función inquisitiva por su parte se dirige a constreñir al imputado a colaborar o a confesar. Por tanto, si se examina la importancia de la prisión preventiva en los últimos años — no sólo en Italia, de donde es oriundo el autor del libro *Derecho y Razón*— el argumento más elocuente para su desarrollo es el de la estadística, empero, al mismo tiempo se convierte en el signo más visible “de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en mecanismo directamente punitivo”⁷¹.

En efecto, al cumplir las funciones enunciadas, la prisión preventiva genera un alto costo social tanto a los procesados, sus familias, pero también a la sociedad en su conjunto, por tanto, es necesario retomar los siguientes cuestionamientos: ¿Es racional que tengamos a tantos presos sin condena en las cárceles? ¿Para qué queremos a tantas personas en la cárcel, si no tenemos capacidad para tenerlas recluidas adecuadamente?, Guillermo Zepeda lo explica a razón de cuatro mitos en torno a la figura que se estudia:⁷²

- Mito 1: La prisión preventiva disminuye la inseguridad pública.

Acorde con lo señalado por Zepeda, en nuestra sociedad existe la creencia colectiva de que la prisión preventiva es útil para disminuir la inseguridad pública y la violencia, sin embargo, el autor puntualiza que durante 20 años consecutivos se han modificado sistemáticamente las leyes y códigos penales para incrementar las sanciones y aumentar el catálogo de delitos graves que en automático ameritan prisión

⁷¹ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *op cit.*, p. 770.

⁷² GÓMEZ PÉREZ, Mara, *op cit.*, p.260.

preventiva, sin embargo, la inseguridad y la violencia no disminuyen, sino que han aumentado.

Así pues, el incremento progresivo de las sanciones penales tiene como consecuencia que en 20 años la población carcelaria se triplico, razón por la cual es dable considerar que las autoridades a falta de justicia ofrecen castigo.

- Mito 2: La prisión preventiva reduce la incidencia delictiva

Al igual que el punto anterior se establece que no es necesario analizar datos estadísticos para afirmar con certeza que la incidencia delictiva no ha disminuido, sino por el contrario, se ha incrementado, así pues, Zepeda se cuestiona, si pese a que existen más presos en las cárceles no disminuye la incidencia delictiva sino que aumenta, ¿a quién en realidad tenemos en las cárceles?

- Mito 3: La prisión preventiva se utiliza contra sujetos peligrosos

La sociedad típicamente piensa que quienes están en la cárcel — ya sea sujetos condenados o en espera de sentencia— son personas que deben extraerse de la sociedad para que no puedan continuar dañándola, al tratarse de sujetos oscuros y peligrosos que es mejor se encuentren privados de la libertad. En ese sentido y con base a un análisis estadístico, Zepeda señala que en muchos de los casos, las personas que estuvieron en prisión preventiva en el ámbito local hasta el año 2003, no tendrían nunca porque haber estado ahí, de lo que resulta que las cárceles se encuentran saturadas más bien de delincuentes menores y no de “grandes capos.”

- Mito 4: La prisión preventiva garantiza la reparación del daño

Para muchos, la reparación del daño constituye una razón que justifica mantener en prisión a un presunto responsable en tanto se determina su culpabilidad, no obstante, es evidente que la privación de la libertad suele implicar la pérdida de ingresos económicos para el procesado y su empobrecimiento por el costo del proceso, de esta manera, se incrementa la probabilidad de que la víctima no vea económicamente resarcido el daño que le fue causado con motivo del delito.

De esta forma el problema central reside en que la prisión preventiva oficiosa puede devenir en una pena anticipada que se infringe en su mayoría a sectores marginados y vulnerables de la sociedad, pues “en realidad le permite al Estado poner en prisión a quien desee: a un activista de derechos humanos, a un periodista incómodo, a un ciudadano que asiste a una marcha, prácticamente a cualquiera, con el mero hecho de acusarles de alguno de los muchos delitos contenidos en la larga lista”⁷³

Como se puede inferir, en el marco del garantismo penal, la figura de la prisión preventiva oficiosa resulta ilegítima, así lo expresa Luigi Ferrajoli quien manifiesta que, si no se quiere reducir la presunción de inocencia a puro oropel⁷⁴ inútil, debe aceptarse que no sólo el abuso de la prisión preventiva, sino también el uso de la misma, es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales.

Consecuentemente, las alternativas a la pena y al proceso, hacen aún más intolerable la figura de la prisión preventiva, por lo que, para el garantismo penal “se avala que se solicite su abolición o, a corto plazo, su gradual restricción, y no sólo por su ilegitimidad intrínseca sino también por los mayores perjuicios y paradojas que puede provocar...reduciendo el número de los delitos para los que se permite, restringiendo y precisando mejor sus razones, que deberían ser únicamente procesales y no de prevención de delitos futuros y estar sometidas, mientras durase la detención, a controles y a la motivación periódica de su persistencia.”⁷⁵

⁷³ *Vid. Ibidem*, p.265.

⁷⁴ El término “oropel”, del fr. ant. oripel, se define como: “1. m. Cosa de poco valor y mucha apariencia. 2. m. Adorno o requisito de una persona. 3. m. Lámina de latón, muy batida y adelgazada, que imita al oro.” (Real Academia Española, Diccionario del español jurídico, Espasa, Madrid, 2016)

⁷⁵ *Vid. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, “Teoría del garantismo penal”, Tr. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés, Colección Estructuras y procesos. Serie derecho, Editorial Trotta, S.A., España, 1995, p. 777.*

En concordancia con lo anterior, se propone el uso de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad, tal como lo expresa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Tabla 3. Medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva

MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA	
Medidas legislativas	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas conducentes a reducir el empleo y la duración de la detención preventiva; • Imposición de mayores requisitos para aplicar la prisión preventiva; • La reducción de los plazos de la prisión preventiva; • El establecimiento de procedimientos para agilizar la tramitación de causas penales; (procedimientos abreviados o inmediatos) • La imposición de mayores requisitos para la determinación de la procedencia de la prisión preventiva; • El establecimiento de servicios o medidas que permiten verificar información probatoria previa al juicio sobre riesgos procesales, así como supervisar medidas cautelares; • Derogar toda disposición que ordene la aplicación obligatoria de la prisión preventiva por el tipo de delito.
Medidas Administrativas	<ul style="list-style-type: none"> • La promulgación de indultos carcelarios; • La apertura de espacios de diálogo con sociedad civil y especialistas en la materia, para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas; • La adopción de instrumentos ejecutivos dirigidos a racionalizar el uso de la prisión preventiva.

Medidas Judiciales

- La aplicación de procesos de justicia restaurativa en materia penal;
- La promoción de la utilización de medidas alternativas a la misma;
- El sometimiento de la detención a control judicial,
- La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física
- Garantizar el mayor nivel posible de independencia, autonomía e imparcialidad de las autoridades del sistema de justicia que se encargan de adoptar decisiones relativas a la solicitud y aplicación de la prisión preventiva, de forma tal que ejerzan sus funciones libres de cualquier tipo de injerencia.

Elaboración propia a partir de: Elaborado a partir de COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, España, 2017, p.40. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES GENERALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

Dado que en el segundo capítulo se abordó el marco conceptual referente a los Derechos Humanos, los principios constitucionales previstos en el párrafo tercero del artículo primero de la Constitución Federal, las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio —en particular, la prisión preventiva justificada y oficiosa, sus similitudes y diferencias— así como las alternativas a la misma en el marco del Garantismo Penal que propone Luigi Ferrajoli; en el presente capítulo se aborda el marco histórico a fin de conocer los antecedentes generales de la prisión preventiva en México y en el Mundo, así como una breve síntesis de los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano.

3.1 ANTECEDENTES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO Y EN EL MUNDO

3.1.1 ROMA

La prisión aparece inicialmente relacionada con la idea de detención y por consiguiente, distante de la idea de castigo y punibilidad; a propósito de lo apuntado, en Roma la prisión preventiva fungió como uno de los medios a disposición de los magistrados, para que estos pudiesen incoar y sustanciar los juicios penales, de esta manera, Teodoro Mommsen⁷⁶ señala que a las magistraturas se le preceptuaban los siguientes medios:

- a) La citación personal (*vocatio*)
- b) La comparecencia forzosa, para la que se empleaba la captura (*prehensio*) y, *a posteriori* la búsqueda o requisa (*requisitio*)
- c) El arresto o prisión provisional

⁷⁶ MOMMSEN, Theodor, El Derecho Penal Romano, Tomo I, Tr. Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1905, p. 214.

- d) El auto de constitución de fianza (*praedes vades*)
- e) La citación no personal
- f) La incoación y sustanciación del procedimiento penal contra los ausentes.

A mayor abundamiento, Mommsen señala la existencia del arresto (*prensio*), la cárcel (*vincula, carcer*), y la prisión por deudas, mismas que el magistrado con *imperium* podía imponer a su arbitrio, por esta razón, en Roma la prisión preventiva tuvo un carácter discrecional en la que no existía limitación obligatoria en cuanto al tiempo que debía durar y por tanto, podía extenderse de manera indefinida, o bien, cesar en cualquier momento; por otro lado, en la administración de justicia penal el arresto era un medio de seguridad para poder continuar el proceso y para llevar a cabo la ejecución de la sentencia.

En líneas siguientes Mommsen⁷⁷ indica que el arresto o prisión provisional en los tiempos más antiguos se aplicaba a quien era citado en concepto de inculcado en el juicio penal público y comparecía ante el magistrado, así mismo, cuando era conducido por la fuerza ante su presencia, sin embargo, el jurista señala la posibilidad de que el arresto provisional fuese una regla general en todos los casos de delito; mientras que, durante el Principado y al tratarse de esclavos era preciso decretar el arresto provisional.

Por otro lado, el jurista⁷⁸ enuncia que el arresto o prisión provisional fue el medio para: 1) Mantener seguros a los procesados durante la instrucción de los procesos mediante la cárcel con encadenamiento —*vincula*— de esta forma, muchos encarcelados se encontraban atados como consecuencia de la desobediencia, es decir, se arrestaba al delincuente cuando había temor de que intentara fugarse.

⁷⁷ *Íbidem*, p. 215.

⁷⁸ *Ídem*.

2) La cárcel fungió como el vínculo para lograr la ejecución de la pena; por ejemplo en el caso de la ejecución de sentencias de muerte que no tuvieron lugar de forma inmediata, se retenía a la persona hasta el momento de ser ejecutada.

3.1.2 EDAD MEDIA

La edad media comienza con la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 y finaliza con la caída del imperio Bizantino en 1453 —o con el Descubrimiento de América en 1492— sin embargo, a pesar de tratarse de un periódico que se extendió por casi diez siglos, es evidente que representa una etapa de oscurantismo y retroceso en muchos sentidos, no así en lo referente a la prisión preventiva, al respecto, de acuerdo con Hernández Jiménez⁷⁹ “un eslabón que comparten la Edad Media y los inicios de la modernidad es la prisión preventiva. Así, las cárceles eran lugares de detención en donde se esperaba el juicio, limitándose su funcionamiento a la custodia, pero no al castigo. Esto a pesar de que en ocasiones era impuesta de manera subsidiaria ante la pena pecuniaria insoluta y también como pena principal.”

Es decir, de acuerdo con la ciencia histórico-penal, la cárcel en el sistema feudal tuvo un carácter esencialmente procesal y no un carácter punitivo, así lo afirman autores como Melossi y Pavarini⁸⁰ al puntualizar que existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas pero, “no es correcto afirmar que la simple privación de la libertad, prolongada por un período determinado de tiempo y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento” fuese conocida y utilizada como pena autónoma y ordinaria.

En consecuencia, una correcta aproximación permite señalar que la cárcel adquiere un carácter punitivo en Inglaterra a partir del siglo XIV, pues, en lo atinente

⁷⁹ Vid. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Norberto, Derecho penal de la cárcel: “Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento”. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT, Bogotá, 2018, s. p.

⁸⁰ MELOSSI, Carlo, et al., Cárcel y Fábrica. “Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI y XIX)”. Siglo XXI, México, 1980, p.19.

a la edad media, el carácter retributivo de la pena se orientó únicamente a la mutilación de órganos, la castración, la marca, los azotes o medidas tendentes a la privación de bienes como la vida, la integridad física, el dinero o la pérdida de estatus, siendo la prisión el medio para custodiar al acusado y no a la consecución de la pena en sentido estricto.

3.1.3 MÉXICO

En toda evolución social es imposible establecer con exactitud los límites de las grandes etapas, sin embargo, con un fin orientativo se precisa que la historia del derecho mexicano se suele dividir en los siguientes periodos o épocas: 1) Periodo precolonial, 2) Periodo colonial, 3) Periodo de independencia nacional, 4) Época actual.

3.1.3.1 Periodo precolonial

Para Mendieta y Núñez⁸¹ la historia del derecho patrio como cuerpo de leyes comienza con la primera cédula real dictada para el Gobierno de las Indias, sin embargo, es indispensable no omitir la época anterior a la conquista, sobre todo si se toma en consideración que el derecho es un fenómeno social resultante de complejos factores que actúan sobre el desenvolvimiento de los grupos humanos constituidos, al respecto señala que: “el territorio que actualmente forma uno de los elementos del Estado mexicano estuvo ocupado en la época prehispánica por numerosas tribus indígenas; algunas de ellas formaban cacicazgos, otras, verdaderos reinos más o menos extensos y otras, en estado nómada y salvaje, recorrían determinadas regiones sin ofrecer una organización definida. Lo que sabemos de cierto sobre estos pueblos, es lo consignado en las crónicas antiguas que no son sino el relato de sus tradiciones, o la descripción del estado que guardaban en la época de la conquista española”.

⁸¹ Vid. MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, El Derecho Precolonial, Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p.27.

A mayor abundamiento, algunos historiadores y cronistas dividen la historia de la época precolonial en Derecho Público y Derecho Privado, con respecto al Derecho Penal y Penitenciario, Mendieta y Núñez⁸² deduce que la vida en común habría resultado imposible sin la existencia de disposiciones destinadas a regular conductas, de esta manera resalta la importancia de los reinos de México, Texcoco y Tacuba, en la que la tramitación judicial de los asuntos penales era semejante con la existencia de tribunales encargados de administrar justicia, en ese sentido, puntualiza que en México el rey nombraba a un magistrado supremo con atribuciones administrativas que análogamente tenía la facultad de fallar en definitiva las apelaciones en los casos criminales.

Por cuanto hace a la persecución de los delitos, en los reinos de la triple alianza era suficiente el simple rumor público, posteriormente, dentro del proceso se admitían como pruebas la documental, la testimonial, la confesional y los indicios, cabe señalar que cada tribunal contaba con un pregonero y un ejecutor; el primero se encargaba de anunciar la sentencia a los interesados y el segundo de ejecutarla. En el caso de las penas de arresto y de prisión, las mismas se extinguían en la cárcel, misma que Mendieta⁸³ describe de la siguiente forma:

La cárcel se ubicaba “dentro de una casa obscura y de poca claridad y en ella hacían su jaula o jaulas, y la puerta de la casa, que era pequeña como puerta de palomar, cerrada por fuera con tablas y arrimadas grandes piedras y allí estaban con mucho cuidado los guardías, y como las cárceles eran inhumanas, en poco tiempo se paraban los presos flacos y amarillos y por ser también la comida débil y poca, que era lástima verlos, que parecía que desde las cárceles comenzaban a gustar la angustia de la muerte, que después había de padecer. Estas cárceles estaban junto a donde había judicatura, como nosotros las usamos, y serían para los grandes delincuentes, como los que merecían la pena de muerte; que para los demás, no era menester más de que del ministro de justicia pusiese al preso en un rincón con unos palos delante.”

⁸² MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, “El derecho precolonial”, Revista Criminalia, año V, Ediciones Botes, México, 1936-1939, p. 637.

⁸³ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *op cit.*, 1992, p.145.

3.1.3.2 Periodo colonial

- Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812

El capítulo III denominado “De la administración de justicia en lo criminal” señalaba en su artículo 286 que el proceso sería formado con brevedad y sin vicios, para que los delitos fuesen prontamente castigados; respecto a la prisión, el artículo 287 recogía lo siguiente:

“Ningún español⁸⁴ podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.”

Lo prescrito debía ser obedecido por todas las personas, pues ante una eventual resistencia se reputaba delito grave, así mismo, cuando se temía una fuga era posible asegurar a la persona por la fuerza, ahora bien, la Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812, en su artículo 290, señalaba que el arrestado antes de ser puesto en prisión debía ser presentado ante el juez para efectuar su declaración, no obstante, si existía un impedimento, se le conducía a la cárcel en calidad de detenido y el juez recibía la declaración dentro de las veinticuatro horas siguientes, por otro lado, la Constitución citada señalaba que en fraganti, todo delincuente podía ser arrestado y todos podían arrestarle, para posteriormente, conducirlo a la presencia del juez.

⁸⁴ La Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812 señalaba en su capítulo II. De los Españoles, lo siguiente:

“Art. 5. Son Españoles—

Primero: Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de estos.

Segundo: Los extranjeros que hayan obtenido de las Córtes carta de naturaleza.

Tercero: Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la monarquía.

Cuarto: Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas”.

En cuanto a la motivación del acto, el artículo 295 dispuso lo siguiente: “si se resolviere que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcaide⁸⁵, para que la inserte en el libro de los presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo su más estrecha responsabilidad”

De acuerdo con el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, el término “alcaide”, se asignaba a la persona que tenía a su cargo el gobierno de una cárcel, en ese sentido, de acuerdo con la Constitución señalada, los alcaides debían tener a los presos en buena custodia y separados aquellos a los que el juez mandara tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos, pues las cárceles debían servir para asegurar y no para molestar a los presos.

Por otro lado, la Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812 hace referencia a la existencia de una ley que determino la frecuencia con la que se realizó una visita a las cárceles a las que todos los presos debían presentarse, así mismo, contemplo que serían castigados como “reos de detención arbitraria”, aquellos jueces o alcaides que faltaran a lo dispuesto por la Constitución.

- Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 22 de octubre de 1814

La Constitución de Apatzingán dispuso que sólo las leyes podían determinar los casos en que el ciudadano debía ser acusado, preso o detenido (artículo 21), por otro lado, se señaló que la ley debía reprimir todo rigor que no se contrajera precisamente a asegurar las personas de los acusados (artículo 23).

⁸⁵ El término “alcaide”, del ár. hisp. alqáyid, y este del ár. clás. qā'id 'conductor [de tropas]', se define como: “1. Adm. Persona que tiene a su cargo el gobierno de una cárcel... 2.Hist. Encargado de la conservación y administración de algún sitio real. 3.Hist. Noble que tenía a su cargo la guardia y defensa de algún castillo o fortaleza bajo juramento... 4.Hist. En las alhóndigas y otros establecimientos, encargado de su custodia y buen orden.” (Real Academia Española, Diccionario del español jurídico, Espasa, Madrid, 2016)

Así mismo, en el capítulo V denominado “De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos” se señaló que eran tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley (artículo 28) y que el magistrado que incurriese en ese delito sería depuesto y castigado con la severidad que mandaba la ley, es importante considerar que el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana declaró en su artículo 30, que todo ciudadano se reputaba inocente mientras no era declarado culpable.

3.1.3.3 Periodo de independencia nacional

- El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823

A pesar de existir un debate en cuanto al valor jurídico del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823, el texto aludido se retoma sin pretender discutir si fue aprobado y promulgado por la Junta Nacional Instituyente en su totalidad, pues en concreto, materializó las ideas de Toribio González (Diputado por Guadalajara), Antonio J. Valdés (suplente) y Ramón Martínez de los Ríos (Diputado por Potosí) para dejar sin efecto el texto de la Constitución de Cádiz de 1812.

Al respecto, la Junta Nacional Instituyente se conformo con la finalidad de lograr estabilidad política y económica, por lo que su redacción debía servir para la consolidación, legitimación y funcionamiento del Imperio, de esta forma, del Proyecto de Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano se puede desentrañar lo siguiente:

- La Junta Nacional Instituyente acordó sustituir la Constitución de Cádiz en virtud de la reciente emancipación, fruto de la Independencia.

- Se consideró que la Constitución española fue el origen y fomento de horribles turbulencias y agitaciones políticas, y que sus disposiciones en general eran inadaptables a los intereses, costumbres y circunstancias del nuevo Imperio.

- Agustín de Iturbide manifestó la necesidad de tener un reglamento propio para la administración, buen orden y seguridad interna y externa del Estado, mientras que se formaba y sancionaba la constitución política.

Con respecto al tema de investigación que interesa, en el reglamento aludido se señaló que ningún mexicano podía ser preso por queja de otro, además, se limitó la prisión preventiva a los delitos que ameritaban pena corporal siempre y cuando constaran en el mismo acto o fuesen probados por el quejoso dentro de seis días, en cuyo caso, se debía satisfacer al arrestado, los atrasos y perjuicios con la medida dictada.

Ahora bien, se concedía la libertad bajo fianza en los delitos no sancionados con pena corporal, en cuanto a lo cometido in fraganti, todo delincuente podía ser preso y cualquiera podría arrestarle y conducirlo a la presencia del juez. Por otro lado, en caso de denuncia el artículo 73 disponía que si el denunciante no se ofrecía a probar, el juez debía “pesar” atentamente las circunstancias de aquel y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia para formar proceso instructivo, si resultaba semiplena prueba o vehemente sospecha, entonces procedía al arresto; así como en los casos que de oficio, se temiera que el presunto reo se figara antes de averiguar el hecho.

- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824

Como es sabido, el imperio mexicano como régimen de gobierno, comprende el periodo histórico desde la firma de los Tratados de Córdoba en 1821 hasta la proclamación del Plan de Casa Mata el 1 de febrero de 1823; dicho Plan tenía la intención de reinstalar el congreso, declarar nulo el imperio y la desobediencia a Iturbide como emperador, a dicho plan se adhirieron las diputaciones provinciales que vislumbraron en el federalismo la forma de gobierno idónea para México, en consecuencia, se convocó al Congreso Constituyente que dio origen a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos proclamada el 4 de octubre de 1824.

La Carta Magna de 1824 fue escueta en lo relativo a la prisión, sin embargo, se puede rescatar que en la sección relativa a las reglas generales a las que se sujetaban los Estados y territorios de la Federación para la administración de justicia, quedaba prohibido aplicar toda clase de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso (artículo 149), también se señalaba que nadie podía ser detenido sin que hubiese semiplena prueba o indicios de que era delincuente (artículo 150) y que en todo caso, la detención no podía exceder la sesenta horas (artículo 151).

- Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836

Las Leyes Constitucionales de la República Mexicana también como las Siete Leyes Constitucionales fue promulgada el 30 de diciembre de 1836 por el presidente interino José Justo Corro; se trata de un conjunto de leyes de rango constitucional que se encuentra estructurada de la siguiente forma: 1ª Ley. Derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República; 2ª ley. Organización de un supremo poder conservador; 3ª ley. Del poder legislativo de sus miembros y de cuanto dice relación a la formulación de las leyes; 4ª ley. Organización de Supremo poder ejecutivo; 5ª ley. Del poder judicial de la República Mexicana; 6ª ley. División del territorio de la República y gobierno interior de sus pueblos; y 7ª ley. Variaciones a las leyes constitucionales.

Con respecto a la prisión; la primera ley constitucional en su artículo 2, numeral 1 señaló que nadie podía ser preso sino por mandato escrito y firmado de Juez competente, por otra parte, en el numeral 2 se dispuso que la autoridad política debía entregar a la autoridad judicial dentro del término de tres días los datos de la detención, pues la autoridad judicial contaba con diez días para proveer auto motivado de prisión. Así mismo, el artículo 41 prescribía que el mandamiento escrito y firmado del Juez se haría del conocimiento en el acto al interesado, mismo que se debía obedecer, cumplir y auxiliar, pues de lo contrario, ante cualquier resistencia o arbitrio para eludirlos se constituía delito grave que se castigaba según las circunstancias.

De acuerdo con el artículo 47, dentro de los tres días en que se verificaba la prisión o detención, se tomaba al presunto reo su declaración preparatoria, se manifestaba la causa del procedimiento y el nombre del acusador si lo había. En relación con la procedencia de la prisión se establecieron dos requisitos (artículo 43):

1) La existencia de información sumaria previa, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal.

2) La existencia de motivo o indicio suficiente para creer que la persona había cometido el hecho criminal.

- Bases de Organización Política de la República Mexicana de 14 de junio de 1843

Las bases de Organización Política de la República Mexicana juradas el 14 de junio de 1843 contenían entre sus disposiciones limitantes a la detención preventiva al señalar que nadie podía ser detenido sino por mandato de autoridad competente, escrito y firmado, y únicamente si obraban indicios suficientes para presumirlo autor del delito, si los mismos se corroboraban legalmente, podía decretarse la prisión (artículo 9, fracción VI).

Por otro lado, se señaló que nadie podía ser detenido más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al juez de su fuero; por cuanto hace al juez, no estaba autorizado para tenerlo en su poder más de cinco días sin declararlo bien preso, de esta forma, la persona no podía exceder detenida más de ocho días, pues el artículo 9, fracción VII, en su última porción señalaba que el simple lapso de esos términos hacía arbitraria la detención y por consiguiente, responsable a la autoridad que la cometiera y a la superior⁸⁶, que dejara sin castigo ese delito.

⁸⁶ Aunado a lo establecido por el artículo 9 de las Bases de Organización Política de la República Mexicana en relación con la responsabilidad del juez, el artículo 182 señala: "Cualquier falta de observancia en los trámites esenciales de un proceso produce la responsabilidad del juez, y en lo civil

Así mismo, los jueces dentro de los tres primeros días en los que el reo estaba detenido a su disposición debían tomar la declaración preparatoria, manifestándole previamente el nombre de su acusador —si los hubiere—, la causa de su prisión y los datos que hubiese contra el (artículo 177)

Cabe señalar que la detención preventiva aplicaba en los casos en los que se podía imponer pena corporal, por lo que, de no poder aplicarse al reo dicha medida, era puesto en libertad dando fianza. En cuanto a las disposiciones generales sobre administración de justicia, el artículo 175 prescribía lo siguiente: “Se dispondrán las cárceles de modo que el lugar de la detención sea diverso del de la prisión”.

- Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana expedido por Ignacio Comonfort señaló que la autoridad política debía poner a los detenidos a disposición del juez de la causa dentro de sesenta horas, posteriormente, el juez podía reclamar la entrega del detenido, así como los datos en su contra; si no los recibía dentro de veinticuatro horas después de pedidos, el detenido era puesto en libertad (artículo 43).

Por otra parte, la autoridad judicial no podía detener a ningún acusado por más de cinco días, siempre y cuando se le hubiese tomado la declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quien es su acusador, así como, de la existencia de datos suficientes para creer que era responsable. En el caso de que el reo sometido a la autoridad judicial no hubiese sido declarado bien preso dentro del término señalado, podía ocurrir al tribunal superior y este decidía el recurso dentro de veinticuatro horas (artículo 47).

Al igual que en los documentos jurídicos expuestos en líneas ulteriores, las detenciones que excedían los términos legales se consideraban arbitrarias, por lo

además la nulidad para solo el efecto de reponer el proceso. La ley señalará los trámites que son esenciales en cada juicio”.

que el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana también contemplaba responsabilidades para los funcionarios públicos, por otra parte, el artículo 49 prescribía que en las prisiones los detenidos debían estar separados de los presos; además enunciaba que a ninguno se le podía obligar a la comunicación con los demás presos o detenidos y, que no se les sujetaba a tratamiento alguno que importe una pena, siendo las leyes las encargadas de fijar los trabajos útiles a los que se les podía obligar.

Por último, el artículo 51 enunciaba lo siguiente: “...El reo será declarado bien preso en la cárcel del lugar de la residencia del juez competente que conozca de la causa. Declarado bien preso, podrá el juez, de oficio o a petición de la autoridad política, trasladarlo cuando la cárcel no sea segura, a la más inmediata que lo sea, quedando el preso sujeto en todo caso a las expresivas órdenes de su juez”.

- Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857

El Congreso Constituyente convocado el 16 de octubre de 1855 inicio sus trabajos el 14 de febrero de 1856, con el fin de redactar la Constitución que permitiría erigir a la nación bajo una república democrática representativa y popular, se trata de un documento de corte liberal que rescata algunas propuestas del centralismo y establece el federalismo, así como un capítulo relativo a los derechos del hombre en el que se pugna por la abolición de la esclavitud, la defensa de las ideas, la libertad de imprenta, entre otros.

Con respecto al tema de estudio, el artículo 18 estableció:

- Que sólo habría prisión por delito que mereciera pena corporal
- Que en ningún caso se podía prolongar la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero
- Que el acusado podía ser puesto en libertad bajo fianza cuando en cualquier estado del proceso apareciere una imposibilidad para imponer la pena de prisión

Posteriormente el artículo 19 señalaba que ninguna detención podía exceder del término de tres días sin que se justificara con los requisitos señalados en la ley y con un auto motivado de prisión; desacatar dicho término constituía responsabilidades para las autoridades que lo ordenaban, consentían o ejecutaban; aunado a lo anterior, estableció que todo maltrato en las prisiones, toda molestia sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles era un abuso que debían corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

- Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 10 de abril de 1865

El documento promulgado por Maximiliano de Habsburgo prescribía que no era posible ser detenido sino obraban los indicios suficientes para presumir que la persona era el autor de un delito y mediaba mandato escrito y firmado de autoridad competente (artículo 60). Así mismo estableció que, al realizarse la aprehensión, la autoridad administrativa pondría al presunto reo a disposición de la autoridad que iba a juzgarle dentro del término de tres días —acompañando los datos correspondientes— y si el juez encontraba mérito para declararlo bien preso lo haría a más tardar dentro de cinco días.

Cuestión interesante acontecía cuando la aprehensión se realizaba por delitos contra el Estado o que perturbasen el orden público, pues en ese caso, la autoridad administrativa podía prolongar la detención hasta dar cuenta al Comisario Imperial o al Ministro de Gobernación para que determinase lo conducente.

Por su parte, el artículo 66 señaló que las cárceles se organizaban de modo que sirvieran para asegurar a los reos “sin exacerbar innecesariamente los padecimientos de la prisión”, además el artículo siguiente prescribía la separación entre los formalmente presos y los detenidos.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entró en vigor el 1 de mayo de 1917; con respecto al tema de interés, el artículo 16 proscribía entre otras cosas lo siguiente: “...No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o

detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyados aquéllos por declaración bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado...”, por su parte el artículo 18⁸⁷ señaló expresamente que había lugar a prisión preventiva sólo por delitos que merecían pena corporal; así mismo dispuso una separación del lugar destinado a la prisión preventiva y el destinado para la extinción de las penas.

En cuanto al artículo 19 se dispuso que la detención no podía exceder del término de tres días, dentro de los cuales se expresaba el delito que se imputaba, los elementos constitutivos de aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arrojaba la averiguación previa —los que debían ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado—; una infracción a lo dispuesto recaía en responsabilidad a la autoridad que ordenaba o consentía la detención, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecutaban.

Por otra parte, el artículo 20 enunció que en todo juicio de orden criminal el acusado tenía garantías, por ejemplo:

a) Inmediatamente que lo solicitaba era puesto en libertad bajo fianza⁸⁸ hasta de diez mil pesos, ello dependiendo de sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se imputaba, con la condición de que dicho delito no mereciera ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión.

⁸⁷ El artículo 18 enunció en particular dos cosas: primero, que la prisión preventiva se aplica sólo por delitos que ameritan pena corporal estableciéndose un supuesto de procedencia, y, en segundo lugar, las condiciones de reclusión de los procesados; cuestiones que siguen vigentes con ligeros cambios en la redacción que no modifican su alcance.

⁸⁸ No existía mayor requisito que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

b) El acusado debía ser juzgado antes de cuatro meses si se trataba de delitos cuya pena máxima no excedía de dos años de prisión, mientras que, era juzgado antes de un año si la pena máxima excedía de ese tiempo.

c) En ningún caso era posible prolongar la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

d) En ningún caso era posible prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fijaba la ley al delito que motivaba el proceso.

3.2 LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

El apartado que se desarrolla a continuación no pretende ser una guía exhaustiva de los Derechos Humanos a través del constitucionalismo mexicano, sino en todo caso, pretende señalar aquellos documentos o hechos que se consideran relevantes para entender su concepción actual, su relevancia y la pertinencia de su protección; en ese sentido, no pasa desapercibido que las prerrogativas plasmadas en nuestra Carta Magna responden a la propia historia y desarrollo de la Nación, pues como señala Castro⁸⁹: “Estas garantías o derechos —en su primer origen, no son elaboraciones de juristas, politólogos o sociólogos, ni nacen como producto de una reflexión de gabinete. Son auténticas vivencias de los pueblos o grupos que constituyen a éstos, quienes los arrancan al soberano para lograr el pleno reconocimiento de libertades y atributos, que se supone corresponden a la persona humana por el simple hecho de tener esta calidad”.

En consecuencia, si los Derechos Humanos parten de las vivencias de los pueblos o grupos que los constituyen, en el caso de la nación mexicana dichas vivencias deben partir de sus grupos originarios, en ese sentido, las normas jurídicas mesoamericanas lograron la protección de los derechos de las personas bajo la obediencia a un rígido sistema jurídico, en el que las prerrogativas se otorgaban en

⁸⁹ Vid. CASTRO, Juventino V., Garantías y Amparo, 14 edición, Editorial Porrúa, México, 2006, p.3.

función de la división social y la posición del individuo respecto a los otros, sin embargo, en sentido estricto, no es posible hablar de Derechos Humanos en ese periodo.

De acuerdo con Cienfuegos⁹⁰, los principales momentos que alimentan la historia de los Derechos Humanos en México se remontan a inicios del siglo XVI, cuando el debate de los juristas se centró en fundamentar las ideas de los derechos naturales en los nuevos territorios americanos tras la Conquista, es decir, el debate se centró en plantear si los indios debían ser tratados como barbaros, infieles, si se debía respetar su propiedad e inclusive si tenían alma, al respecto, el autor manifiesta que en el territorio novohispano —que posteriormente sería México—, personajes como Fray Bartolomé de las Casas y Vasco de Quiroga abogaron para que los nativos accedieran a la justicia y a la dignidad que algunas autoridades les habían negado desde el inicio de la conquista.

En ese sentido las violaciones acontecidas en el periodo de la colonia resultan evidentes pues, por el hecho de ser afrodescendiente, nacido de casta o no estar blanqueado era motivante para no gozar de los derechos y deberes de los que gozaban ciertos estratos privilegiados, al respecto, de acuerdo con Ignacio Burgoa⁹¹, el documento que suprimió las desigualdades que existían entre peninsulares, criollos, mestizos, indios y demás sujetos de diferente extracción racial, fue la primera Constitución Monárquica de España⁹² expedida por las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación Española, al reputar como “españoles” a todos los hombres libres nacidos y avecindados de los dominios de las Españas.

⁹⁰ CIENFUEGOS SALGADO, David, Una historia de los Derechos Humanos en México. “Reconocimiento constitucional y jurisdiccional”, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, p.17

⁹¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Garantías Individuales, 41 edición, Editorial Porrúa, México, 2011, p.118.

⁹² El autor hace referencia a la Constitución Política de la Monarquía Española, misma que fue promulgada el 19 de marzo de 1812 por las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación Española, también conocida como Constitución de Cádiz y por algunos autores referida como Constitución gaditana.

A pesar de la vigencia relativamente corta de la Constitución de Cádiz es innegable la influencia que tuvo en el derecho constitucional posterior, por esa razón Martínez Bullé Goyri⁹³ la consigna como la primera simiente del desarrollo de los derechos fundamentales en México, así como elemento importante en el movimiento de Independencia en virtud de las reacciones que provocó en algunos sectores de la población. Por otra parte, como lo sugiere el mismo autor, al año siguiente de la expedición de la Constitución gaditana, José María Morelos, también conocido como el Siervo de la Nación produjo el primer documento de carácter constitucional de la historia mexicana, conocido como “Los sentimientos de la Nación” en el cual consigna derechos importantes como la abolición de la esclavitud y la igualdad (artículo 15), la inviolabilidad del domicilio (artículo 17), la abolición de la tortura (artículo 18) e incluso derechos sociales que se verían cristalizados después de transcurrido un siglo, con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Basada en los Sentimientos de la Nación, el 22 de octubre de 1814 el Congreso de Anáhuac, reunido en Chilpancingo, sancionó el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o Constitución de Apatzingán, misma que de acuerdo con la doctrina puede ser considerado como la primera Constitución Mexicana a pesar de tener vigencia únicamente para las fuerzas de los insurgentes y los territorios que lograron controlar de forma efímera durante la guerra de Independencia.

Al respecto, en la Constitución de Apatzingán se encuentra un capítulo denominado “De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos”, en el que se desarrollan los siguientes derechos: La igualdad, la exigencia de legalidad de los actos de autoridad; el derecho a juicio mediante un procedimiento legalmente establecido; la presunción de inocencia en materia penal; la inviolabilidad del domicilio; el derecho de petición; el derecho a la propiedad privada; libertades de

⁹³ MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, “Desarrollo histórico-constitucional de los derechos humanos en México. I (1812-1840)”, nueva serie, núm. 66, año XXII, México, septiembre-diciembre 1989, p. 915.

industria, comercio, expresión e imprenta; además, sienta las bases del derecho a la educación y el derecho al sufragio.

Así pues, de la lectura de los artículos 24 al 40 resulta evidente que la Constitución de Apatzingán “recoge gran parte del espíritu de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, aunque no establece ningún mecanismo para remediar las violaciones y los ataques a los derechos consagrados. Por cuanto hace al artículo 27, algunos encuentran en su texto⁹⁴ el reconocimiento de la inviolabilidad de las garantías individuales, aunque otras posiciones sostienen que se refiere a la inviolabilidad de la parte orgánica.”⁹⁵

En suma, a pesar de las aportaciones jurídicas de la Constitución de Apatzingán es necesario señalar que confluyó con la aplicabilidad de la Constitución promulgada el 19 de marzo de 1812 y poco a poco quedó en el olvido, pues posteriormente se suscita la proclamación del Plan de Iguala, la firma de los Tratados de Córdoba, la entrada del Ejército de las tres garantías a la Ciudad de México el 27 de septiembre de 1821 y la firma del Acta de Independencia del Imperio Mexicano, hechos que derivaron en la génesis del Estado Mexicano y la observancia de la Constitución de Cádiz.

Por cuanto hace al México Independiente, tras la abdicación de Agustín Iturbide el poder recayó en el triunvirato conformado por Guadalupe Victoria, Pedro Celestino Negrete y Nicolás Bravo, mismo que convocó a un Congreso Constituyente que se instaló en noviembre de 1823, y que para el 31 de enero de 1824 emitió el Acta Constitutiva de la Federación en la que se optó por un sistema federal, meses más tarde, el 4 de octubre del mismo año, se realizó la proclamación del pacto federal bajo el nombre de Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹⁴ El artículo 27 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana señalaba “La seguridad de los ciudadanos consiste en la garantía social: esta no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes, y la responsabilidad de los funcionarios públicos”.

⁹⁵ *Vid.* CIENFUEGOS SALGADO, David, *op cit.*, p.17

Esta Constitución se encuentra fuertemente influenciada por la Constitución Federal Estadounidense que circulaba en el año de 1823, así como por la Constitución de Cádiz y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana; respecto a la materia que interesa, es necesario apuntar que la Constitución de 1824 no propuso un catálogo de Derechos Humanos y tampoco existieron modificaciones sustanciales respecto a la Constitución de Cádiz, sin embargo, si se enunciaron algunos derechos individuales en materia penal como lo son la inviolabilidad del domicilio, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley, la abolición de la pena de tormentos y la confiscación de bienes y cuestiones relativas a la aplicación estricta de la ley en las detenciones y registros.

En este punto vale la pena reconocer que la sociedad mexicana vivía una época de reorganización, por lo que las Constituciones enunciadas con anterioridad no tuvieron una aplicación duradera sino coyuntural, principalmente en dos vertientes: centralismo y federalismo, en ese sentido, las denominadas Siete Leyes conformaron la primera Constitución Centralista del país, que del año 1836 a 1841 habrían de ser el estatuto fundamental de nuestra organización política.

Al respecto, Ignacio Burgoa⁹⁶ señala que la primera de las Siete Leyes Constitucionales de 1836 contiene los derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República, dado que en sus preceptos se consagra la libertad de emisión de pensamiento —se prohíbe la previa censura para los medios escritos de expresión—; la libertad de traslación personal y de bienes fuera del país; garantías de propiedad —al disponer que la privación de los bienes de una persona, de su libre uso y aprovechamiento sólo podría llevarse a cabo cuando lo exigiera la pública utilidad— y establecer garantías de seguridad jurídica en relación con la libertad personal, al disponer que nadie podía ser detenido sin mandamiento de juez competente.

⁹⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op cit.*, p.132.

Sin embargo, los derechos en el constitucionalismo centralista estuvieron limitados por principios antiigualitarios y clasistas que pusieron requisitos económicos para la obtención de la ciudadanía, como se aprecia del artículo 7, mismo que dispuso que eran considerados ciudadanos de la República:

“1. ° Todos los comprendidos en los cinco primeros párrafos del art. 1⁹⁷ que tengan una renta anual lo menos de cien pesos, procedentes de capital fijo o moviliario (sic) o de industria o trabajo personal, honesto y útil a la sociedad.

2.° Los que hayan obtenido carta especial de ciudadanía del Congreso general, con los requisitos que establezca la ley”

Por otra parte Burgoa⁹⁸ señala que la implantación del régimen central que operó en virtud de la Constitución de 1836 no puso fin a los padecimientos frecuentes en la vida pública que se manifestaban a través de pronunciamientos, “cuartelazos” y levantamientos militaristas, de los que con frecuencia emergieron “planes” que representaban caretas de ambiciones personalistas de poder que se disfrazaban ante un pueblo carente de opinión.

⁹⁷ Los cinco primeros párrafos del art. 1 señalan lo siguiente:

“Art. 2. Son derechos del mexicano:

- 1.° Los nacidos en el territorio de la República de padre mexicano por nacimiento o por naturalización.
- 2.° Los nacidos en país extranjero (sic) de padre mexicano por nacimiento, si al entrar en el derecho de disponer de sí, estuvieren ya radicados en la República, o avisaren que resuelven hacerlo, y lo verificaren dentro del año, después de haber dado el aviso.
- 3.° Los nacidos en territorio extranjero (sic) de padre mexicano por naturalización, que no haya perdido esta cualidad, si practican lo prevenido en el párrafo anterior.
- 4.° Los nacidos en el territorio de la República, de padre extranjero (sic), que hayan permanecido en él hasta la época de disponer de sí, y dado al entrar en ella el referido aviso.
- 5.° Los no nacidos en él, que estaban fijados en la República cuando esta declaró su independencia, juraron el acta de ella, y han continuado residiendo aquí.”

⁹⁸ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op cit.*,.132.

Con toda razón Martínez Bullé Goyri⁹⁹ señala que la mayor preocupación de nuestros primeros constitucionalistas se centró en tratar de hacer que naciera una Nación y se consolidara, es decir, en lograr superar las pugnas políticas existentes entre los distintos grupos mediante la organización del país y la creación de fórmulas e instituciones.

Visto desde esta perspectiva es contundente al afirmar que a lo largo de nuestro siglo XIX es posible encontrar textos muy distintos entre sí, como la Constitución de 1824 y las Leyes Constitucionales de 1836, o el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano y las Leyes de Reforma, como consecuencia de que cada uno representaba los intereses y la visión del bando que como vencedor político intentó imponer su ideología, no será sino “hasta el Constituyente de 1842 cuando surge una preocupación verdadera por la concepción y sistematización de los derechos fundamentales, y por establecer mecanismos jurídicos para su tutela, lo que se recogerá después en la Constitución de 1857, y de ahí hasta nuestros días.”

En cuanto al Constituyente de 1842, Lara Ponte¹⁰⁰ señala que se nombró una Comisión de Puntos Constitucionales que elaboró dos proyectos, el Proyecto de la Mayoría elaborado por José Fernando Ramírez, Antonio Díaz Guzmán, Joaquín Ladrón de Guevara y Pedro Ramírez, quienes conformaban la fracción conservadora- centralista, y por otro lado, el Proyecto de la Minoría conformada por los diputados Juan José Espinosa de los Monteros, Octavio Muñoz Ledo y Mariano Otero, de la fracción del federalismo. Lo anterior se expone, pues ambos proyectos influyeron en el Estatuto Orgánico Provisional de 1856-1857 —el cual contiene una amplia declaración de derechos—, y que consecuentemente, impactaron en la Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857.

⁹⁹ MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 926.

¹⁰⁰ LARA PONTE, Rodolfo, Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano, primera edición, Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 151, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, p. 148.

En el siguiente cuadro se sintetiza lo relativo a los antecedentes de los Derechos Humanos en los dos proyectos iniciales (El Proyecto de la Mayoría y el Proyecto de la Minoría), luego, el proyecto realizado con la finalidad de conciliar ambas posturas que claramente son antagónicas.

Tabla 4. Cuadro comparativo de los Proyectos del Constituyente de 1842

PROYECTOS DE 1842	
Proyecto de la Mayoría	Proyecto de la Minoría
<ul style="list-style-type: none"> • Elaborado por el grupo conservador. • Establece una Declaración de derechos del hombre a la que se le denominó por primera vez “Garantías individuales.”¹⁰¹ • Hace un reconocimiento a los derechos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad. • El Proyecto de la Mayoría consignó su declaración de derechos en el artículo 7°, el cual contaba con quince fracciones relativas a los derechos del hombre. • Establecía la distinción entre prisión y detención, así como la diferencia la detención y prisión preventivas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Elaborado por los partidarios del Federalismo. • El proyecto establece los derechos bajo el rubro de “Derechos Individuales” • Reconocía los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales, así como el hecho de que todas las leyes debían respetar y asegurar esos derechos. • La declaración de derechos la realiza en cuatro grandes rubros: libertad personal, propiedad, seguridad e igualdad. • Establecía la distinción entre prisión y detención. • Determinaba los casos de detención arbitraria y establecía las formalidades esenciales que debían observarse en el proceso.

¹⁰¹ El proyecto establece el término “Garantías individuales”, mismo título que se retoma años más tarde en la Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857.

- Prohibía la práctica del tormento o de cualquier medio de apremio para la averiguación.
- En materia penitenciaria pretendió ser más humanitario al fomentar trabajos útiles y prohibir aquellos medios innecesarios para asegurar a la persona del reo.
- Proscribía la imposición de penas infamantes y trascendentales, así como la abolición de la pena de muerte para los delitos políticos.
- Prohibía la confiscación de bienes y el uso del tormento o de cualquier otro medio de apremio.

Proyecto ecléctico

- Elaborado con la finalidad de conciliar los dos proyectos que se habían generado en el Congreso (Proyecto de la Mayoría y Proyecto de la Minoría).
- El proyecto consagró los Derechos Humanos en el título III, “Garantías Individuales” y los clasificó en cuatro grandes grupos: igualdad, libertad, seguridad y propiedad.

Elaboración propia a partir de diversas fuentes.

Respecto al proyecto ecléctico señalado, es posible abundar que, ante los enfrentamientos y las tendencias federalistas en el Congreso Constituyente, y a pesar de que en los primeros días del mes de diciembre de 1842 se habían aprobado más de sesenta artículos, se convocó a una Junta de Notables que redactó las Bases de Organización Política de la República Mexicana.

En efecto, Ignacio Burgoa¹⁰² es contundente al afirmar que se trató de un ordenamiento cuya ilegitimidad es notoria, sin embargo, en lo tocante a las garantías del gobernado superó a las Constituciones de 1824 y de 1836, al consignar en un capítulo explícito y de manera más completa, un cuadro general de los derechos de los habitantes de la República. Por cuanto hace a las garantías de seguridad, las bases contenían entre sus disposiciones limitantes a la detención preventiva, así

¹⁰² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op cit.*, p.134.

como lapsos para considerarla arbitraria, lo cual se desarrolló en el capítulo precedente.

Las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843 tuvieron vigencia hasta 1846, pues ante la intervención norteamericana se optó por restituir la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 y se adjuntó un Acta Constitutiva y de Reformas; no pasa desapercibido que Antonio López de Santa Anna generó un sinnúmero de decretos que dan cuenta de su gobierno dictatorial, entre los cuales es posible señalar desde la expedición de la ley sobre el arreglo de la administración de justicia —Decreto de 16 de diciembre—, la sujeción de los ladrones a la jurisdicción militar —Decreto de 20 de mayo de 1853—, hasta el establecimiento de medidas como el uniformar a los miembros de la Suprema Corte y establecer contribuciones sobre posesión de perros.

Como respuesta a la tiranía impuesta de Antonio López de Santa Anna, se gestó el levantamiento popular conocido como la Revolución de Ayutla, teniendo como planteamiento central la separación del cargo de quien se ostentó con el tratamiento de Alteza Serenísima, en ese sentido, el coronel Florencio Villareal, en el pueblo de Ayutla, distrito de Ometepe del Estado de Guerrero, construyó las bases del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana y la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, al declarar en el Plan de Ayutla lo siguiente:

“...Que la permanencia de D. Antonio López de Santa-Anna en el poder es un amago constante para las libertades públicas, puesto que con el mayor escándalo, bajo su gobierno se han hollado las garantías individuales que se respetan aun en los países menos civilizados... Que los mexicanos, tan celosos de su libertad, se hallan en el peligro inminente de ser subyugados por la fuerza de un poder absoluto, ejercido por el hombre á (sic) quien tan generosa como deplorablemente se confiaron los destinos de la patria... 6°. Debiendo ser el ejercito el apoyo del orden (sic) y de las garantías sociales, el gobierno interino cuidará de conservarlo y atenderlo, cual demanda su noble instituto...”

Al respecto el Plan de Ayutla reconoció la doctrina liberal y con ello el Estado de derecho basado en los derechos del hombre, la forma republicana, la democracia representativa, la división de poderes y la soberanía, así pues, para el 23 de Mayo de 1856 se expide el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, antecedente inmediato de la Constitución Federal de 5 de febrero 1857.

En cuanto a los derechos consagrados, en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, Lara Ponte¹⁰³ indica que la sección relativa a las garantías individuales “fue producto de la influencia de los Proyectos de Constitución de 1842, en los cuales ya se había considerado por primera ocasión el concepto de garantías individuales. La similitud entre los Proyectos de 1842 y el Estatuto resulta de su simple confrontación. De hecho se estima que fueron tomados en cuenta dichos Proyectos en la elaboración del Estatuto. Basta observar, por ejemplo, que en lo relativo a la forma tomada por el documento se siguió el modelo empleado tanto por el Proyecto de la Minoría como por el Segundo Proyecto de 1842. Asimismo, en cuanto al fondo y a la forma de redacción puede apreciarse una serie de similitudes.”

En este orden de ideas, Lara Ponte indica que el Estatuto se integró con ciento veinticinco artículos distribuidos en nueve secciones, sin embargo, las garantías individuales no se ubicaron en la primera sección, sino después de los rubros De la República y su territorio, De los habitantes de la República, De los mexicanos y De los Ciudadanos; situándose lo relativo a las Garantías Individuales en la quinta sección, de ello se derivan dos posibles situaciones:

1) Los autores del Estatuto se vieron presionados por las circunstancias políticas del momento; o,

¹⁰³ LARA PONTE, Rodolfo, *op. cit.*, p. 101.

2) Existió deficiencia en la técnica jurídica, ya que para esa fecha se tenían antecedentes de otras Constituciones en el mundo que iniciaban con una declaración de derechos a favor del gobernado.

Por su parte, Cienfuegos¹⁰⁴ retoma que el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana no fue aprobado por el congreso, es decir, no entró en vigor ni formal ni materialmente, empero, dejó marcada la pauta a seguir en la confección de derechos y estableció en el apartado de disposiciones generales el principio de responsabilidad oficial, mismo que prescribía que cualquier atentado contras las garantías de parte del poder judicial o del ejecutivo era caso de responsabilidad, producía acción popular y debía castigarse de oficio, al respecto, la autoridad competente podía exigir la responsabilidad del que apareciera culpado, sin dar lugar al sobreseimiento (artículo 78).

Con respecto a la Constitución de 5 de febrero de 1857, se había señalado con anterioridad que el Congreso Constituyente fue convocado el 16 de octubre de 1855; dicha Constitución permitiría transitar hacia una república democrática representativa y popular, de acuerdo con el jurista Ignacio Burgoa¹⁰⁵ fue el reflejo auténtico de las doctrinas imperantes en la época de su promulgación al implementar el liberalismo e individualismo como regímenes de relaciones entre el Estado y sus miembros, tal como sucedía en otros países —como Francia—, en las que el individuo y sus derechos eran el único objeto de las instituciones sociales, que siempre debían ser respetados como elementos superestatales.

A mayor abundamiento Ignacio Burgoa manifiesta en primer lugar que, lo plasmado en la Constitución de 1857 deriva del articulado de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, y en segundo lugar que, de la simple lectura al

¹⁰⁴ CIENFUEGOS SALGADO, David, *op cit.*, p.123.

¹⁰⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *op cit.*, p.145.

artículo primero¹⁰⁶ se denota la tesis individualista al pugnar por que los derechos del hombre no solo son el objeto de las instituciones jurídicas, sino su base misma; pero al mismo tiempo, al conjugar una postura liberal, lo cual indica que el Estado se configura como un mero vigilante de las relaciones entre particulares, cuya injerencia únicamente surge cuando el desenfrenado desarrollo de la libertad individual acarrea disturbios en la convivencia social.

Resulta en todo caso que la Constitución Política de la República Mexicana de 1857 trajo consigo una integración de Derechos Humanos que partió de una discusión en la que “participaron las mentes más lúcidas del siglo XIX, muchos de ellos acendrados defensores de la libertad, quienes han legado un ejemplo a las nuevas generaciones acerca de la forma de concebir la sociedad y su organización, así como la dignidad del hombre. No en balde, como afirma Emilio O. Rabasa, con la inclusión del título dedicado a los derechos del hombre la Asamblea Constituyente se había inmortalizado.

La Constitución de 1857 recogió e inclusive antepuso, como título I, en 29 artículos, la mayor y mejor parte de las libertades prevalecientes en la época¹⁰⁷ a este respecto, el autor señala que la Carta Magna no fue una obra perfecta ni concluida al no resolver cuestiones en las que se excluyó la religión y derechos sociales importantes a cerca de la mujer y la familia, empero reconoció la libertad como la base fundamental sobre la que habría de reposar todo el edificio político constitucional posterior.

Según el estudio desarrollado por Lara Ponte¹⁰⁸, la declaración de derechos en la Constitución de 1857 influyó de forma considerable en la Constitución de 1917 y significó la cristalización de la evolución constitucional de los derechos humanos en

¹⁰⁶ El artículo 1 dice a la letra:” El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

¹⁰⁷ CIENFUEGOS SALGADO, David, *op cit.*, p.125.

¹⁰⁸ LARA PONTE, Rodolfo, *op. cit.*, p. 120.

nuestro país a lo largo del siglo XIX, en consecuencia, se trata de una Carta Magna de lo más completa a través de seis rubros que se esquematizan a partir de la clasificación desarrollada por Jorge Carpizo, como se muestra continuación:

Tabla 5. Clasificación de los Derechos Humanos contemplados en la Constitución Política de la República Mexicana De 1857

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA MEXICANA DE 1857		
1) Derecho de Igualdad	2) Derechos de Libertad Personal	
<ul style="list-style-type: none"> •El reconocimiento de que todos los hombres son iguales por nacimiento. •La abolición de la esclavitud. •El desconocimiento de los títulos de nobleza y de las prerrogativas u honores hereditarios. •La prohibición de leyes privativas a favor o en contra de algún individuo, y de tribunales especiales y honorarios, si no eran en compensación de un servicio público. 	Se dividen a su vez en:	
	Las libertades del espíritu:	Las libertades generales de la persona:
	<ul style="list-style-type: none"> •De pensamiento. •De imprenta. •De conciencia. •De cultos. •De enseñanza. 	<ul style="list-style-type: none"> •El libre tránsito interno y externo. •La portación de armas para la legítima defensa.
	3) Derechos de libertades de los grupos sociales	
	<ul style="list-style-type: none"> •De reunión. •De asociación 	
4) Derechos de libertad política	5) . Derechos de seguridad personal	
<ul style="list-style-type: none"> •La libertad de reunión con finalidad política. •La libertad de manifestación pública. 	<ul style="list-style-type: none"> •La inviolabilidad del domicilio. •La inviolabilidad de la correspondencia. 	

6) Derechos de seguridad jurídica	
<ul style="list-style-type: none"> •La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley. •La fundamentación y motivación que de toda causa legal debía hacer el órgano jurisdiccional. •El principio de autoridad competente. 	<ul style="list-style-type: none"> •Prisión sólo por delitos que merezcan pena corporal. •La prohibición de prolongar la ergástula por insolvencia para pagar honorarios. •La prohibición de penas infames o trascendentales.
<ul style="list-style-type: none"> •El derecho de petición. •La expedición motivada de auto de formal prisión en un término no mayor de 72 horas. •La inviolabilidad del domicilio y papeles, a menos que mediara disposición judicial. •La prohibición de malos tratos y gabela. 	<ul style="list-style-type: none"> •El principio de legalidad, de audiencia y de procedimiento legal. •La buena administración de justifica. •Las garantías en los procesos criminales. •Los jurados populares para delitos penales. •La abolición de cárcel por deudas civiles. •La abolición de la pena de muerte, salvo en los casos señalados por la Constitución.

Elaboración propia a partir de LARA PONTE, Rodolfo, Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano, primera edición, Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 151, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, p. 148.

Ahora bien, concluida la exposición relativa a los derechos consagrados en la Constitución Política de la República Mexicana de 1857, es necesario entrar al estudio de los Derechos Humanos durante el Segundo Imperio Mexicano, en ese sentido, la regulación se dio a través del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 10 de abril de 1865, a través del título XV denominado “De las garantías individuales” mismo que dispuso que el Gobierno del Emperador garantizaría a todos

los habitantes del Imperio la igualdad ante la ley, la seguridad personal, la propiedad, el ejercicio de su culto, así como la libertad de publicar sus opiniones (artículo 58).

En cuanto a su aplicabilidad, todos los habitantes del Imperio gozaban de los derechos y garantías establecidos en el Estatuto Provisional (artículo 59), de hecho, el 1 de noviembre de 1865 se expediría la Ley de Garantías Individuales de los Habitantes del imperio con la finalidad de precisar y detallar lo plasmado en el Estatuto Imperial a través de sus cuarenta y ocho artículos; no pasa desapercibido que algunos autores refieren que muy probablemente la Ley de Garantías Individuales tuvo influencia de la Constitución Belga de 1841, misma que pretendió ir más allá de una simple declaración de derechos al procurar darle una mayor efectividad a los derechos del hombre y no caer en las declaraciones abstractas y lacónicas en las que había incurrido la Declaración Francesa de 1789.¹⁰⁹

Dentro de este orden de ideas es necesario dejar claro que el Gobierno de Maximiliano de Habsburgo fue de corta duración, aunado a lo anterior, la trascendencia legislativa del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano nunca alcanzó la totalidad del territorio nacional, en esta perspectiva, no se trató en ningún caso de una Constitución, sino como su nombre lo indica, de un estatuto que pretendió organizar el Imperio en tanto este se consolidaba.

Tras la caída del Imperio de Maximiliano nuevamente cobró vigencia la Constitución de 1857, misma que a lo largo de sesenta años de vigencia fue reformada en treinta y cuatro ocasiones¹¹⁰, —a razón de 0.56 reformas por año—, es

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 124.

¹¹⁰ Dentro de las treinta y cuatro reformas, el autor incluye los 28 decretos de reforma a la Constitución con fundamento en el artículo 127 de la Constitución de 1857; 3 decretos del Ejecutivo con amplias facultades extraordinarias concedidas por el Congreso; y 3 decretos del Ejecutivo con fundamento en el artículo 72, fracción III de la Carta Magna para “formar nuevos Estados dentro de los límites de los existentes, siempre que lo pida una población de ochenta mil habitantes, justificando tener los elementos necesarios para proveer á (sic) su existencia política. Oirá en todo caso á (sic) las legislaturas de cuyo Territorio se trate, y su acuerdo sólo tendrá efecto, si lo ratifica la mayoría de las legislaturas de los Estados”, mismos que sirvieron para la creación de los Estados de Coahuila, Hidalgo y Morelos.

decir, poco más de una reforma cada dos años de vigencia, en relación con lo anterior, Ávila Ortiz¹¹¹ plantea que la Constitución de 1917 tiene el siguiente rubro “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero del 1857”, por lo que podría tratarse de una reforma más, sin embargo, no se contabiliza de esa manera al tratarse de una revisión integral de la Constitución y, en consecuencia, de una diferente.

En ese sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 marcó el fin de la Revolución Mexicana, siendo proclamada el 5 de febrero de 1917 y entrando en vigor el primero de mayo del mismo año; existen algunas diferencias que la apartan de la Constitución de 5 de febrero de 1857; de acuerdo con el jurista Burgoa Orihuela¹¹² la Carta Magna de 1917 se apartó de la doctrina individualista, pues no consideró a los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales, sino en todo caso los reputa como un conjunto de garantías individuales que el Estado concede u otorga a los gobernados.

De esta forma, Burgoa afirma que la Ley fundamental de 1917 se acopló a la teoría rousseauiana, que asevera que la voluntad de la nación es el elemento supremo de la soberanía, sobre la cual ningún otro poder existe y a la cual todos deben sumisión, por lo que, en virtud de la renuncia de las prerrogativas hechas por los miembros de la sociedad, las garantías de las que gozan los individuos frente al poder público son restituidas al sujeto y otorgadas por la sociedad, quien es titular de la soberanía.

A continuación, referiremos de forma breve las novedades más distintivas que resultaron del Congreso Constituyente reunido en la Ciudad de Querétaro, a partir del 1 de diciembre de 1916, de acuerdo con el texto “La Constitución y sus

¹¹¹ ÁVILA ORTIZ, Raúl, et al., (coord.) Porfirio Díaz y el Derecho. Balance crítico, primera edición, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, México, 2015, p. 148.

¹¹² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Garantías Individuales, 41 edición, Editorial Porrúa, México, 2011, p.150.

garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional”¹¹³:

a) La ampliación del catálogo de derechos fundamentales

El Congreso Constituyente de 1916-1917 se enfrentó a dos formas de concebir los derechos fundamentales, por un lado los Carrancistas defendieron un modelo puramente liberal como el de la Constitución de 1857¹¹⁴ mientras que el resto pretendía darle forma al nuevo régimen y abordar cuestiones de fondo para hacer realidad los ideales de la Revolución, en consecuencia, creían que el texto constitucional debía reivindicar a las clases sociales que durante el periodo porfirista habían sido discriminadas y excluidas en proporciones mayúsculas.

El proyecto de Carranza propuso entre otros los siguientes cambios:

- En cuanto a la terminología propuso denominar “De las garantías individuales” a la sección que en la Constitución de 1857 se denominó “De los derechos del hombre.”
- Se dispuso en el artículo 1º que los derechos se “otorgan”, anulando la idea de que los derechos se reconocen.
- Se recogió en el texto constitucional la educación pública laica (artículo 3), la prohibición de secuestrar las imprentas en caso de delitos de

¹¹³ Vid. CARBONELL Miguel, “La Constitución mexicana de 1917 y su significado para los derechos sociales” en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, et al., (coord.) La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. “Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional”, primera edición, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p.194.

¹¹⁴ La razón por la cual la Constitución de 1917 tiene el rubro “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero del 1857” es por que el Jefe militar Venustiano Carranza presentó el 1 de diciembre de 1916 un proyecto de reforma a la Constitución de 1857, no un proyecto de nueva Constitución, pues la intención era defender una Carta Magna puramente liberal como la redactada por el Constituyente de 1857.

prensa (artículo 7), el derecho al debido proceso legal y el principio de legalidad en materia penal (artículo 14), los derechos de las personas procesadas penalmente (artículo 20), las libertades de religión y culto (artículo 24), etcétera.

Si bien es cierto las propuestas del primer jefe del ejército constitucionalista fueron aceptadas sin mucha discusión, existió descontento por parte de los diputados constituyentes que sugirieron la idea de incorporar derechos fundamentales no vinculados a la óptica liberal clásica, sino que dieran paso a una reivindicación de grupos o clases sociales, temas muy presentes en el imaginario público del México posrevolucionario y que permitieron que el catálogo de derechos se ampliara.

b) La inclusión de los derechos de grupo o derechos de “clases sociales”

Como se afirmó arriba, el texto constitucional debía reivindicar a las clases sociales discriminadas y excluidas, en particular grupos sociales inconformes con el desarrollo económico, social y político durante el régimen de Porfirio Díaz, en ese sentido los diputados constituyentes tuvieron lucidez al plasmar normas encaminadas a regular la materia laboral y la propiedad agraria, con ello, la Constitución pasó de la protección y tutela del individuo propia del constitucionalismo liberal, a un constitucionalismo social con derechos para campesinos y obreros.

En materia laboral, se introdujo el apartado “Del trabajo y de la previsión social” compuesto por un único artículo —el artículo 123—, siendo desde luego progresista incluir una jornada laboral máxima, la prohibición del trabajo infantil, la protección a mujeres embarazadas, un día semanal de descanso, el salario mínimo, la participación de los trabajadores en las utilidades, etc.

Con respeto a la cuestión agraria el Congreso constituyente de Querétaro plasmó en el artículo 27 la propiedad comunal de la tierra —bajo la institución jurídica denominada ejido—, se señaló que la propiedad privada estaba limitada en función del interés público y que los latifundios debían ser fraccionados y entregados a los campesinos mediante un proceso de dotación. Por otro lado se estableció la

prohibición a los extranjeros de adquirir aguas y tierras en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras, y de cincuenta kilómetros en los litorales; limitantes semejantes se establecieron a las asociaciones religiosas, bancos y empresas mercantiles.

c) El cambio de una visión iusnaturalista al positivismo jurídico

De la simple lectura del primer capítulo de la Constitución mexicana de 1857 resalta una visión iusnaturalista tomada muy seguramente del pensamiento ilustrado europeo del siglo XVIII, ello se hace patente pues el primer capítulo se denominó “De los derechos del hombre”, además, en su primer artículo se enunció que el pueblo “reconocía” que los derechos del hombre eran la base y objeto de las instituciones sociales, *a contrario sensu*, en la Constitución de 1917 se afiliaron a una corriente más “estatalista” propia del iuspositivismo, lo anterior se hace patente pues el capítulo inicial se denominó “De las garantías individuales” y se habló de un otorgamiento de las mismas.

En definitiva, se hizo notoria una confusión en la nomenclatura constitucional que resaltó a lo largo del siglo XX en la doctrina constitucionalista mexicana y en la jurisprudencia nacional, al no distinguir adecuadamente entre “garantías” y “derechos”, sin embargo, a partir de la reforma publicada en el año 2011, la Constitución Mexicana retomó el talante liberal y iusnaturalista de la Constitución de 1857 al disponer en su artículo 1º el “reconocimiento” de derechos.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA CONFORMACIÓN JURÍDICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

La reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019, incorpora al artículo 19 de la Constitución Federal una serie de delitos que ameritan Prisión Preventiva Oficiosa; en ese sentido, una vez que se abordó en capítulos precedentes la Teoría Funcionalista, la Teoría del Garantismo Penal, el Derecho Penal del Enemigo y las nociones básicas de los Derechos Humanos y la Prisión Preventiva Oficiosa —así como sus antecedentes generales— en el presente capítulo se procederá a realizar un análisis de su conformación jurídica.

Por otra parte, en el presente capítulo se analiza el procedimiento legislativo que dio origen a la reforma, se señala el vínculo del Derecho Penal del enemigo y su manifestación en la ampliación al catálogo de delitos que ameritan Prisión Preventiva Oficiosa y se finaliza con una prospectiva de posibles violaciones a los Derechos Humanos con la aplicabilidad de la misma.

4.1 ALGUNOS ALCANCES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE JUNIO DE 2011

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma más importante en materia de Derechos Humanos que se ha hecho a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, al respecto, uno de los cambios más significativos reside —como se mencionó en el capítulo precedente— en disponer en su artículo 1º el “reconocimiento” de derechos y con ello retomar el talante iusnaturalista y liberal de la Constitución de 1857.

En ese sentido, Castellanos Hernández¹¹⁵ destaca que el cambio de denominación que realiza la reforma en el capítulo 1 del título primero de la

¹¹⁵ CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús, El impacto de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011 en la enseñanza del derecho, UNAM, Instituto de

Constitución Federal implica un cambio radical en la concepción positiva del derecho mexicano y sus procedimientos, así mismo, señala que las denominadas garantías individuales fueron convertidas en Derechos Humanos, de tal suerte que a partir de 2011 las garantías son los principios, obligaciones y procedimientos que permiten asegurar el respeto de los Derechos Humanos que son reconocidos por el Estado.

Con respecto a la nomenclatura que debe emplearse, Carpizo¹¹⁶ enuncia que en la actualidad la única acepción correcta en el constitucionalismo mexicano es la de Derechos Humanos, pues la reforma al 10 de junio de 2011 reformó diez artículos y el capítulo primero pasó a denominarse *De los Derechos Humanos y sus Garantías*. Los artículos constitucionales modificados con motivo de la reforma de 2011 fueron los siguientes:

Tabla 6. Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con reforma a partir del 10 de junio de 2011

ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES MODIFICADOS		
Artículo	Descripción	Porción normativa o en su caso breve
1	Se modifica el primer párrafo	<i>...todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos... en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio...</i>
	Se adiciona el segundo y tercer párrafo	<i>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</i>

¹¹⁶ CARPIZO, Jorge, *op cit.*, p. 16.

	Se modifica el quinto párrafo	Queda prohibida toda discriminación motivada por ... las preferencias <i>sexuales</i> , el estado civil...
3	Se modifica el segundo párrafo	La educación que imparta el estado tenderá a ... <i>el respeto a los derechos humanos</i> ...
11	Se modifica el primer párrafo	<i>Toda persona</i> tiene derecho para entrar en la República...
	Se adiciona el segundo párrafo	<i>En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones.</i>
15	Se modifica el primer párrafo	No se autoriza la celebración de tratados... ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los <i>derechos humanos reconocidos</i> por esta Constitución y en los <i>tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.</i>
18	Se modifica el segundo párrafo	El sistema penitenciario se organizará sobre la base del <i>respeto a los derechos humanos</i> , del trabajo...
29	Se modifica el primer párrafo y se adiciona el segundo, tercer, cuarto y quinto párrafo	<p style="text-align: center;">Breve descripción</p> <p>Se regula la suspensión del ejercicio de derechos y garantías.</p>

33	Se modifica el primer párrafo y se adiciona el segundo párrafo	<p>...Son <i>personas</i> extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 <i>constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.</i></p> <p><i>El ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.</i></p>
89	Se modifica la fracción X	<p>... el titular del Poder ejecutivo observará <i>...el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos</i> y la lucha por la paz y la seguridad internacionales...</p>
97	Se modifica el segundo párrafo	<p><i>La Suprema Corte de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.</i></p>
102	Adiciona diversos párrafos	<p style="text-align: center;">Breve descripción</p> <p>Se instaura la obligación para los servidores públicos de responder a las recomendaciones de la CNHD y le otorga competencia para conocer de violaciones de derechos humanos en el ámbito laboral.</p> <p>Reconoce la autonomía de los organismos públicos de derechos humanos locales.</p>

105	<p>Reforma el inciso g) Las acciones de inconstitucionalidad podrán de la fracción II ejercitarse...por:</p> <p style="padding-left: 40px;">g) La Comisión nacional de los derechos humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del distrito federal, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal y aprobados por el senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y <i>en los tratados internacionales de los que México sea parte...</i></p>
Transitorios	<p>A partir de la entrada en vigor del decreto estableció un año como plazo máximo para expedir diversas leyes —como la ley que regula el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación de las violaciones a los derechos humanos—; la expedición de leyes reglamentarias de diversos artículos y la adecuación a la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.</p>

Elaboración propia a partir de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Cabe señalar que la reforma de 10 de junio de 2011 tuvo como antesala diversas sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos: *Castañeda Gutman vs México*; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs México*; *Radilla Pacheco vs México*; *Fernández Ortega y otros vs México*; *Rosendo Cantú y otra vs México* y; *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, por lo que se pretendió facilitar el cumplimiento de las obligaciones mexicanas para el respeto y protección de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución Federal y los tratados internacionales.

4.2 REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL DE 2008

Ante el rezago en la procuración y administración de justicia, México tránsito del antiguo sistema penal inquisitivo a un sistema penal de corte acusatorio adversarial y garantista a través de la reforma publicada el 18 de junio de 2008, lo anterior derivó en una serie de cambios en materia de justicia penal y seguridad pública que se estructuran a través de la reforma a diez artículos de la Constitución Federal¹¹⁷ y la implementación parcial y paulatina llevado a cabo a lo largo de ocho años.

El artículo 20 fue objeto de una gran transformación al establecer que el proceso penal sería acusatorio y oral y se regiría por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; mismos que permiten que las audiencias sean públicas, que las partes puedan conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, que las audiencias se lleven a cabo de forma continua, sucesiva, secuencial y se desarrollen preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión y finalmente, que se desarrollen en presencia del Órgano Jurisdiccional y de las partes que deban intervenir en la misma.

Así mismo, el Código Nacional de Procedimientos Penales señala se seguirán los principios previstos en la Constitución, tratados y demás leyes, de forma que además de los citados principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación se desglosan principios como el de igualdad ante la ley, el juicio previo y debido proceso, la prohibición de doble enjuiciamiento y el principio de presunción de inocencia.

En relación con las medidas cautelares, Chacón Rojas¹¹⁸ puntualiza que con la reforma de 2008 se pueden identificar dos finalidades muy claras que pretenden transformar la práctica de la utilización de las medidas cautelares en el sistema penal

¹¹⁷ Los artículos reformados fueron los siguientes: 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹⁸ CHACÓN ROJAS, Oswaldo, *op cit.*, 2011.

mexicano, en primer lugar, modificar el abuso sistemático de la prisión preventiva mediante la incorporación de otras medida cautelares de aplicación preferente y, la introducción de una función jurisdiccional para otorgar las medidas cautelares mediante la figura del juez de control, tal como se desglosa en párrafos siguientes:

1) Los señalamientos sobre el abuso de la prisión preventiva y su necesaria racionalización.

Los razonamientos vertidos en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son tendentes a hacer hincapié en la grave afectación que conlleva la imposición de la prisión preventiva, de esta manera, se propuso introducir en el texto constitucional un conjunto de finalidades para su procedencia que van más allá de las procesales, como:

- Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio,
- Garantizar el desarrollo de la investigación,
- Garantizar la protección de la víctima,
- Garantizar la protección de los testigos o,
- Para garantizar la protección de la comunidad,

Así mismo, el Dictamen¹¹⁹ plantea que con la finalidad de evitar los excesos cometidos con la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para su procedencia, pues de antemano la aplicación de medidas cautelares constituyen auténticos actos de molestia que proceden únicamente cuando existe la necesidad de cautela del proceso o de

¹¹⁹ Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007, México, Distrito Federal.

protección de las víctimas. En lo que toca a su procedencia, se señala que debe regirse por el principio de subsidiariedad, es decir, se debe optar por la medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares, con el propósito de provocar la menor afectación posible.

2) La introducción del juez de control y su relación con la eficacia en la resolución sobre medidas cautelares.

De acuerdo con el Dictamen¹²⁰ y tomando como base que cada sociedad tiene sus propias características y peculiaridades que deben observarse al momento de legislar o de cambiar sistemas legales existentes, a fin de armonizarlos y evitar traspolaciones inconvenientes y desde luego, considerando la realidad compleja de México y la rapidez con que varían las circunstancias propicias para resolver la realización de algunas diligencias, es que se crea la figura del juez de control.

La creación de este tipo de jueces constituye una propuesta transversal que coincide con la preocupación de apoyar al Estado de derecho y el combate a la delincuencia de alto impacto, por lo que, sin importar las responsabilidades del Ministerio público, y en su caso, las responsabilidades del policía de investigación, los jueces de control se avocarán a resolver las medidas cautelares y demás diligencias que requieren control judicial en forma acelerada y ágil, sin que por ello se deje de fundar y motivar sus resoluciones.

No se puede pasar por alto, que en palabras de Luis María Aguilar Morales — quien fungió como Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— el imputado al igual que la víctima, resistió las deficiencias del sistema de justicia, especialmente en cuanto hace a la prisión preventiva, en donde la aplicación indiscriminada de esa medida cautelar en menoscabo de la presunción de inocencia, fue “una de las más lamentables evidencias de degeneración del sistema, que aún se deja sentir: costos desorbitantes para mantener cárceles precarias,

¹²⁰ *Ídem.*

peligrosas y sobrepobladas, escuela criminal para delincuentes de escasa malicia, convivencia entre procesados y sentenciados, familias separadas, proyectos truncados y vidas desperdiciadas para los condenados sin condena, los absueltos tras años de litigio, los inocentes.”¹²¹

4.3 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En el apartado correspondiente se agotaron los antecedentes de la prisión preventiva, sin embargo vale la pena retomar que la Constitución Federal de 1917 en sus más de doscientos años ha sufrido numerosas modificaciones que distan del texto original y de los planteamientos de aquel Constituyente de Querétaro; así pues, el artículo 20 en un comienzo estableció el derecho inmediato a la libertad provisional, restringiéndose únicamente cuando el delito que se imputaba tenía prevista una sanción mayor de cinco años de prisión¹²², por otro lado, en su fracción X se señaló que en ningún caso era posible prolongar la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fijaba la ley al delito que motivaba el proceso.

¹²¹ *Vid.* AGUILAR MORALES, Luis María, “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores” en. GÓMEZ GONZÁLEZ, Arely (coord.) Reforma Penal, 2008- 2016. “El Sistema Penal Acusatorio en México”, primera edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2016, p. 44.

¹²² ARTÍCULO 20.- En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

I.— Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

(...)

X.— En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

(...)

Respecto a la interpretación de la disposición señalada, Zepeda Lecuona¹²³ asevera que se reguló en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF) de 1931 (artículo 555) empero, la Suprema Corte, admitió el argumento de que antes de que se dictara la sentencia no se podía determinar en concreto la pena que correspondía, por tanto, para la aplicación de la garantía constitucional debía considerarse el término medio aritmético de la pena, esa tendencia se encuentra plasmada en el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la queja en amparo penal 296/32, bajo rubro “LIBERTAD CAUCIONAL, BASES PARA LA CONCESION DE LA” al enunciar lo siguiente:

“...Al señalar la Constitución el límite de cinco años, se refirió seguramente a dicha penalidad, tomada como término medio, y para llegar a esa conclusión, basta tener en cuenta que la citada fracción I, alude a la pena que corresponda al delito que se atribuye al acusado y no a la pena que procediere imponer al delincuente, lo que claramente indica que quiso referirse a la pena establecida, en abstracto, en la ley que define y castiga la infracción respectiva, y no a la pena concreta que haya de imponerse en la sentencia, atentas las circunstancias atenuantes y agravantes que incurran en el inculpado, y esa pena abstracta no puede ser otra que la que reside en el término medio, es decir, aquel en el que no influyen ni circunstancias de atenuación ni de agravación...”¹²⁴

¹²³ ZEPEDA LECUONA, Guillermo, “Trayectoria del Régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana de 1917”, Intersticios sociales, número 15, El Colegio de Jalisco, Zapopan, marzo- agosto de 2018, p. 211.

¹²⁴ *Vid.* Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Quinta Época, Tomo XXXVII, Tesis aislada, Materia Penal, Página: 1340. LIBERTAD CAUCIONAL, BASES PARA LA CONCESION DE LA. Queja en amparo penal 296/32. Iloldi Próspero B. 6 de marzo de 1933. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Paulino Machorro y Narváez.

En esa misma línea argumentativa, el 2 de diciembre de 1948 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que declara reformada y adicionada la fracción I del artículo 20 de la Constitución General de la República, así pues, se estableció que la libertad bajo fianza procedía siempre que en atención al término medio aritmético, la pena privativa de la libertad no fuese mayor de cinco años de prisión, por otra parte, se incrementó el límite superior del monto de la fianza quedando en doscientos cincuenta mil pesos, tal como se había señalado en la jurisprudencia.

Ahora bien —36 años después— el 14 de enero de 1985 se reformó nuevamente la fracción I del artículo 20 constitucional; de manera que el juzgador para analizar la procedencia de la libertad provisional debía considerar las modalidades, es decir, el juzgador debía tomar en consideración “la pena aplicable al delito efectivamente cometido y no solo la que deba imponer, conforme a la hipótesis de cada fórmula legal, al delito básico... la concesión o la negativa del beneficio se conectan a la verdadera materia del enjuiciamiento.”¹²⁵

Además, la reforma señalada modificó lo relativo al pago de la fianza y la sustituyó por el término de “caución”¹²⁶, y se comenzaron a utilizar múltiplos del salario general vigente como se puede observar de la siguiente transcripción:

“La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias

¹²⁵ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, El nuevo procedimiento penal mexicano, 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 1995, p.360.

¹²⁶ El término “caución”, del lat. *cautio*, *-ōnis*, se define como: “...2. Adm. y Proc. En referencia a las medidas cautelares, garantía que presta la parte recurrente en cuyo favor se acuerda una medida cautelar, para responder ante la parte litigante contraria de los eventuales perjuicios que pudieran derivar de la aplicación de la medida cautelar acordada, en caso de que la resolución que finalmente ponga término al proceso inadmita o desestime su pretensión...” (Real Academia Española, Diccionario del español jurídico, Espasa, Madrid, 2016)

personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito”.

De esta manera, hasta 1993 existieron dos rumbos posibles al determinar si una persona que recibía auto de formal prisión podía acceder a la libertad provisional bajo caución, por un lado:

1) Si el término medio aritmético de la pena de prisión era inferior a los cinco años la liberación procedía por disposición legal, sin posibilidad de intervención del juez.

2) *A contrario sensu*, si el término medio aritmético era superior a 5 años no procedía su liberación.

Sin embargo, a partir de la reforma del 3 de septiembre de 1993 el artículo 20 de la Constitución Federal abandona el criterio de la media aritmética de las penas privativas de libertad y se decanta por señalar expresamente que la ley determinará aquellos delitos que por su gravedad tornan inasequible el conceder la libertad provisional bajo caución, de la siguiente manera:

“Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio...”

En cuanto al monto y la forma de caución se estableció que debía ser asequible para el inculpado, así mismo, se señaló que era necesario considerar el monto estimado de la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso podían imponerse al inculpado, por otra parte, la reforma enunció que en las circunstancias fijadas por la ley, la autoridad judicial podía disminuir el monto de la caución inicial, y el juez tenía la facultad para revocar la libertad provisional ante el incumplimiento grave del procesado con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se hubiesen derivado a su cargo en razón del proceso.

Continuando con la exposición, el 3 de julio de 1996 se reformó nuevamente el artículo 20 fracción I de la Constitución Federal y se confirmó el régimen de delitos graves por la legislación ordinaria, al mismo tiempo, se abrió la posibilidad de que el juez negara libertad provisional —para ello el Ministerio Público podía aportar elementos para señalar que la libertad del inculpado representaba un riesgo para el ofendido o para la sociedad en razón de su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido— no obstante, de acuerdo con Zepeda Lecuona¹²⁷ “el incremento de los delitos graves hizo poco frecuente que se pidiera la medida cautelar extrema de la prisión preventiva para delitos no considerados graves. Un estudio empírico al respecto no encontró casos en que se aplicara este supuesto en Jalisco durante 2005.”

Luego, de acuerdo con el mismo autor, la reforma de 18 de junio de 2008 vislumbra la prisión preventiva como una medida cautelar que atiende a los objetivos de preservar el proceso y sus consecuencias, es decir, el fin procesal de la detención es evitar el riesgo de fuga y la posibilidad de que el imputado obstaculice las investigaciones o la protección de las víctimas, además, se pretendió dejar la aplicación de la medida cautelar abierta a la argumentación jurídica de las partes — en igualdad de condiciones— ante la presencia del juez.

¹²⁷ Vid. ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *op cit.*, p. 221.

Simultáneamente, el artículo 19 estableció lo siguiente: "...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...". Es decir, en el artículo 19 coexiste lo siguiente:

1) Que las medidas cautelares se aplican mediante resoluciones judiciales conforme a las circunstancias y características del imputado para evaluar la viabilidad en su aplicabilidad, evidentemente después de escuchar la argumentación de las partes en audiencia pública y determinar la menos lesiva.

2) Que, tratándose de los delitos enunciados en la Constitución Federal, el juez impone la prisión preventiva de oficio.

En cuanto al último supuesto, los legisladores federales consideraron que, con el propósito de no debilitar el principio de supremacía constitucional, el texto constitucional debía recoger aquellos delitos en los que procedía la prisión preventiva de forma oficiosa, de esta manera, en el dictamen de primera lectura de 13 de diciembre de 2007 de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia, de Gobernación; de Seguridad Pública; y de Estudios Legislativos, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se denunció el abuso de la prisión preventiva al haberse rebasado su carácter excepcional, de la siguiente forma:

"Cuando por primera vez se creó el sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación

ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva”.¹²⁸

Al respecto, el miércoles 5 de marzo de 2014 se publicó el Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, mismo que en su artículo 167 enunció las causas de procedencia de la prisión preventiva, así pues, estableció que el Juez de control ordenaría la prisión preventiva en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Además, que, las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas y la ley en materia delincuencia organizada establecieran los supuestos que ameriten la prisión preventiva oficiosa.

Por otro lado, precisó que se considerarían delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal, como a continuación se precisa:

- Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

¹²⁸ *Vid.* Gaceta del Senado, Cámara de Senadores, número LX/2PPO-176/15051, jueves 13 de diciembre de 2007, México, Distrito Federal.

- Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero
- Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;
- Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- Contra la salud, previsto 194, 195, 196 Bis, 196Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

4.3.1 EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO QUE DIO ORIGEN AL DECRETO POR EL QUE SE DECLARA REFORMADO EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE UNIDOS MEXICANOS

El Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo a su competencia y en ejercicio de sus facultades y atribuciones constitucionales derivadas del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitió la reforma al artículo 19 en materia de prisión preventiva oficiosa, como se expone a continuación:

A. Procedimiento en Cámara de Origen

a) Se presentaron las siguientes iniciativas:

Tabla 7. Síntesis de las iniciativas presentadas por distintos grupos parlamentarios, en materia de Prisión Preventiva Oficiosa

Fecha de presentación/ Presentador	Iniciativa	Aspectos Relevantes
18/09/2018 Sen. Nancy De la Sierra Arámburo (PT)	Que reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	La iniciativa tiene por objeto establecer que el juez podrá ordenar la prisión preventiva oficiosa por delitos graves en materia de hidrocarburos .
20/09/2018 Sen. Ricardo Monreal Ávila (MORENA)	Que reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de delitos graves.	La iniciativa tiene por objeto establecer que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosa también en materias de corrupción, hidrocarburos, electoral y, de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército y Fuerza Armada .
27/09/2018 Sen. María Guadalupe Murguía Gutiérrez (PAN)	Que reforma el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	La iniciativa tiene por objeto establecer que procederá prisión preventiva oficiosa, además en los delitos de extorsión, robo a casa habitación y robo a negocio .
25/10/2018	Que reforma el artículo 19	La iniciativa tiene por objeto establecer

Sen. Alejandro González Yáñez (PT)	de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para incluir el delito de robo al transporte de carga en cualquier de sus modalidades como -delito grave- (que amerita prisión preventiva oficiosa).	que se ordenará prisión preventiva de oficio por el delito de robo a transporte de carga en cualquiera de sus modalidades . Para tal fin modifica el artículo 19 de la CPEUM.
25/10/2018 Sen. Eruviel Ávila Villegas (PRI)	Que reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de portación de armas.	La iniciativa tiene por objeto establecer que el Juez también ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de portación ilegal de armas de fuego .
08/11/2018 Sen. Sylvana Beltrones Sánchez (PRI)	Que reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	La iniciativa tiene por objeto establecer que se ordenará prisión preventiva de oficio por los delitos de violencia intrafamiliar, abuso de menores y robo a casa-habitación, transporte y negocio .
08/11/2018 Sen. Alejandro González Yáñez (PT)	Que reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para considerar el fraude electoral y la corrupción como delitos graves.	La iniciativa tiene por objeto establecer que el Juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, también por delitos en materias de corrupción y electoral .

b) El día 22 de noviembre de 2018, la Mesa Directiva del Senado de la República, mediante oficio DGPL- 1P1A.-4099, acordó homologar el turno de las iniciativas, por lo que se dio cuenta de la modificación de trámite a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda, para su análisis y dictamen.

c) El día 28 de noviembre de 2018, en reunión de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda; fue puesto a consideración de sus integrantes el proyecto de Dictamen, mismo que posterior a su análisis, discusión y deliberación fue aprobado por la mayoría de los presentes.

d) El Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue publicado en la Gaceta Parlamentaria y el día 04 de diciembre de 2018, se presentó ante el Pleno de la Cámara de Senadores, para su primera lectura.

e) En sesión celebrada el 06 de diciembre de 2018 se presentó ante el Pleno de la Cámara de Senadores, el dictamen a discusión, donde fue aprobado en lo general, en lo particular y remitido a la Cámara de Diputados, para sus efectos constitucionales.

B. Recepción de la Minuta

a) En sesión ordinaria celebrada el 11 de diciembre de 2019, la minuta con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Cámara de Senadores, fue recibida por la Cámara de Diputados.

B) En fecha 11 de diciembre de 2019, la Presidencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, mediante oficio D.G.P.L. 64-II-7-224, turnó a la Comisión de Puntos Constitucionales la minuta para su estudio y dictamen.

C. Dictamen

a) El 12 de diciembre de 2018, la presidencia de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados recibió la Minuta y la registró con el número CPC-M-002-18.

El 15 de enero de 2019, la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, aprobó la minuta enviada por la Cámara de Senadores que contempla el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa.

b) El 16 de enero de 2019, la Comisión de Puntos Constitucionales remitió el Dictamen con modificaciones a la Minuta Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quedando de primera lectura, y realizándose en dicha fecha la declaratoria de publicidad del mismo.

D. Discusión y votación.

a) El 19 de febrero de 2019, el Pleno de la Cámara de Diputados discutió y aprobó en lo general y en lo particular, el proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa con la modificación aceptada por la asamblea; con 377 votos a favor, 96 en contra y 5 abstenciones, tal como se muestra a continuación:

Tabla 8. Discusión del Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Prisión Preventiva Oficiosa.

Votos	Total	MORENA	PAN	PRI	PES	PT	MC	PRD	PVEM	Sin Partido
Favor	377	250	36	7	26	26	13	9	10	0
Contra	96	0	34	36	0	0	14	10	0	2
Abstención	5	1	3	1	0	0	0	0	0	0

Quórum *	2	0	1	1	0	0	0	0	0	0
Ausente	20	6	4	2	3	3	1	0	1	0
Total	500	257	78	47	29	29	28	19	11	2
* Quórum, significa que pasó lista de asistencia y no votó										

Elaboración propia a partir del Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa.

b) El mismo día, fue enviado a legislaturas locales para efectos del artículo 135 de la Constitución Federal.

E. Declaratoria de Reforma Constitucional

a) El 04 de abril de 2019 la presidencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados dio cuenta de los votos aprobatorios correspondientes a las Legislaturas de los estados de Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, México, Michoacán, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y la Ciudad de México. Pasó al Senado de la República para sus efectos constitucionales.

b) La Mesa Directiva del Senado de la República realizó la Declaratoria de aprobación del Proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa y se remitió al Ejecutivo Federal.

F. Publicación y Promulgación

El "DECRETO por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa", fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019.

4.3.2 COMPARATIVO DEL TEXTO PREVIO ANTERIOR A LA REFORMA Y EL TEXTO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 12 DE ABRIL DE 2019

Tabla 9. Cuadro comparativo del texto anterior y el texto reformado.

Texto anterior (Reforma 14 de julio de 2011)	Texto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 2019
<p align="center">Título Primero</p> <p align="center">Capítulo I</p> <p align="center">De los Derechos Humanos y sus Garantías</p>	<p align="center">Título Primero</p> <p align="center">Capítulo I</p> <p align="center">De los Derechos Humanos y sus Garantías</p>
<p>Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.</p> <p>El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la</p>	<p>Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.</p> <p>El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o</p>

<p>comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.</p> <p>La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.</p> <p>El plazo para dictar el auto de vinculación</p>	<p>haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.</p> <p>La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.</p> <p>El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a</p>
---	---

<p>a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p> <p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por</p>	<p>petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o solicitud de prórroga plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p> <p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p> <p>Si con posterioridad la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia</p>
---	--

<p>delincuencia organizada el inculpaado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p> <p>Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.</p>	<p>organizada el inculpaado evada la acción la justicia a disposición de otro lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p> <p>Todo mal tratamiento en aprehensión o las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.</p>
--	---

Elaboración propia a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.4 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU MANIFESTACIÓN EN LA AMPLIACIÓN AL CATÁLOGO DE DELITOS QUE AMERITAN PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

De un estudio integral al Dictamen de Primera Lectura que dio origen al Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de prisión preventiva oficiosa; las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, del Senado de la República, incuestionablemente retoman los fundamentos conceptuales del derecho penal del enemigo y lo incorporan al apartado de “los antecedentes”.

Al respecto, el citado Dictamen¹²⁹ comienza por señalar la importancia del Derecho Penal como forma de control social, asimismo, reconoce que al Estado se le encomienda la protección de los bienes jurídicos más importantes, de manera que, ante una eventual transgresión de los mismos, la reacción del sistema será la más severa y por ende, el transgresor enfrentará graves consecuencias, en el mismo sentido, si bien reconoce que en un Estado de Derecho existen derechos y garantías fundamentales en materia penal, enuncia que ante contextos especiales es necesario aplicar un derecho penal más restrictivo para desincentivar la comisión de los mismos.

Para lograr lo señalado, el Dictamen de Primera Lectura retoma los supuestos básicos del Derecho Penal del Enemigo, mismos que se enuncian a continuación:

- “1) La ley no se orienta a fines preventivos, sino a emprender una lucha en contra de los enemigos del Estado, diferentes en su comportamiento a los ciudadanos normales;
- 2) Es necesario hacer un adelantamiento de la línea defensiva para preservar el orden social;
- 3) Deben sancionarse incluso actos preparatorios;
- 4) La ley penal se ocupa del sujeto, y lo tipifica por las características o atribuciones de éste;
- 5) Hay una restricción de garantías procesales para los enemigos, pues estos no tienen porque beneficiarse de los principios que restringen la actuación estatal respecto al derecho penal. Los extraños a la normatividad se ubican en el plano de excepción de aquellos sujetos que, por su peligrosidad potencial para la sociedad, deben contar con una restricción a sus derechos procesales.”

¹²⁹ Gaceta del Senado, Senado de la República, número LXIV/1PPO-61/87038, martes 04 de diciembre de 2018, México, Ciudad de México.

A mayor abundamiento, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda del Senado de la República puntualizan la existencia de ciudadanos normales, pero al mismo tiempo, de sujetos que por su capacidad para vulnerar la ley requieren un tratamiento especial —los enemigos— en consecuencia y al retomar los postulados de Günther Jakobs, el derecho penal evoca de facto dos polos; el trato con el ciudadano y el trato con el enemigo, pero ¿Cuál es la diferencia? En el primer caso relativo al trato con el ciudadano, el derecho penal se encuentra a la expectativa, es decir, hasta que se exteriorice un hecho para reaccionar, no obstante, en el segundo caso, el derecho penal intercepta al enemigo en un estadio previo.

En resumidas cuentas Jakobs señala como enemigos a los narcotraficantes, terroristas, a los que cometen delitos económicos y en términos generales a los que se ubican en el plano de la delincuencia organizada, pues ante la existencia de grupos en la sociedad que hacen del delito una empresa y respecto de los cuales el Estado no encuentra la manera idónea de reaccionar, es necesario afianzar la parte cognitiva de los comportamientos, por tanto, al enemigo se le debe tratar dentro de la normalidad que implica la imposición de una pena a fin de dar vigencia a la prevención general positiva.

La justificación para utilizar este tipo de derecho “de combate” se concretiza cuando Günther Jakobs manifiesta que los enemigos no quieren ni pueden comportarse de otra manera, lo que obliga al Estado a buscar formas jurídicas que garanticen una reacción acorde al comportamiento de esos delincuentes que hacen del delito una forma de vida.

Vale la pena señalar que el 6 de diciembre de 2018 se solicitó fueran eliminados del texto de las consideraciones en el apartado de Antecedentes que motivan la reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Prisión Preventiva Oficiosa, diversos párrafos en relación con los fundamentos conceptuales del derecho penal del enemigo, al citar a juristas como Mario Schilling, quien de acuerdo al Dictamen en comentario sostiene lo siguiente:

“...se procede con medidas de seguridad más que penas. Se lucha contra un peligro, y el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico, a quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado como cualquier delincuente, sino que el Estado no debe tratarlo como tal, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas, no todo delincuente es un enemigo, pero los enemigos no pueden ser tratados igual que los delincuentes comunes.”

4.4.1 PROSPECTIVA DE POSIBLES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS CON LA APLICABILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

En un inicio valdría la pena considerar que la prisión preventiva es un tema bastante debatido, así lo reconoce el propio Diccionario jurídico mexicano¹³⁰ cuya primera edición data de 1984 al expresar que en apariencia contradice uno de los principios esenciales del proceso penal contemporáneo, el de presunción de inocencia del inculgado, así mismo, hace hincapié que en la Constitución de 1917 se establecieron diversas restricciones con el propósito de evitar una aplicación indiscriminada, lo cual no sucedió. Habida cuenta de lo expuesto, el sistema inquisitivo fue criticado por violar no solo la presunción de inocencia, sino también de propiciar el congestionamiento de las cárceles.

En la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008 se introdujeron cambios radicales que reconocen de forma expresa la presunción de inocencia como garantía individual, lo anterior como un indicio de la transición a un sistema esencialmente garantista que con la reforma al artículo 19 en materia de prisión preventiva oficiosa tiene un claro retroceso, al resultar potencialmente

¹³⁰ ABASCAL ZAMORA, José María, et al., *op cit.*, p. 155.

violatorio de los derechos progresivamente ganados, esto es, en oposición al principio de progresividad de los Derechos Humanos y que, además, resulta contrario a los Instrumentos Internacionales suscritos por el Estado Mexicano, como se expone a continuación:

1. Violación del derecho a la libertad personal

La Iniciativa¹³¹ que reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para considerar el fraude electoral y la corrupción como delitos graves que ameritan prisión preventiva oficiosa señala que la libertad personal es la ausencia de restricciones temporales, privaciones, detenciones o encarcelamientos injustificados, de ahí que se trate de un derecho garantizado por la Constitución Federal y por los tratados internacionales correspondientes, empero al ser la libertad un derecho fundamental, no es absoluto y admite modalidades y limitaciones a su ejercicio, siempre y cuando ésta sea proporcional y razonable constitucional y convencionalmente.

En efecto, se advierte que los artículos 3 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹³², artículo 9, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³³, artículos I y XXV de la Declaración Americana de los Derechos y

¹³¹ Gaceta del Senado, Senado de la República, número LXIV/1PPO-44, jueves 08 de noviembre de 2018, México, Ciudad de México.

¹³² “Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

(...)

Artículo 9. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

¹³³ “Artículo 9:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...”

Deberes del Hombre¹³⁴, y artículo 7, numerales 1, 2 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³⁵ establecen el marco de protección a la libertad personal.

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador¹³⁶, estableció que la libertad personal es siempre la regla, y su limitación o restricción la excepción, de tal forma que el sacrificio a la restricción del derecho aludido no debe resultar exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen de su aplicación, así pues, cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente, viola el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La corte advierte que no resulta suficiente que la restricción al derecho a la libertad este consagrado en la ley, pues para que la prisión preventiva no resulte arbitraria, es necesario:

a) Que el fin legítimo recaiga en asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

¹³⁴ “Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

(...)

Artículo XXV. Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.

¹³⁵ “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...”

¹³⁶ Corte IDH, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, p.21.

b) Que la medida sea necesaria, es decir, que sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado.

c) Que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.

d) Que resulte estrictamente proporcional.

Los requisitos señalados cobran relevancia, en particular al examinar la sentencia de 1 de febrero de 2006 relativa al caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, en la que se determinó que, la prisión preventiva es la medida cautelar más severa que conserva el enjuiciamiento penal al entrañar una restricción profunda de la libertad y que, aunque técnicamente no constituye una medida punitiva sino precautoria y efímera, de cara a la realidad —aunque esta tropiece con el tecnicismo— no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva, pues:

“ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. Inclusive, en no pocas ocasiones —el Caso López Álvarez es muestra de ello, ciertamente no única la reclusión preventiva se prolonga tanto o más que una reclusión punitiva. Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva”¹³⁷.

En consecuencia, para restringir la libertad personal deben existir indicios suficientes que permitan presumir la probable responsabilidad de una persona sometida a proceso, por lo que al instaurar la prisión preventiva oficiosa y aplicarse

¹³⁷ Vid. Corte IDH, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), *Ibidem*, p.5.

de forma automática —sin atender a las circunstancias concretas— se desvía su fin legítimo, se trastoca la naturaleza de la prisión preventiva —al atribuirle la calidad de pena con fines preventivo-generales— y por último, transita de concebirse como medida cautelar de naturaleza procesal a ser una medida punitiva, es decir, una pena anticipada.

2. Violación del derecho a la presunción de inocencia

¿Al aumentar el número de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa previsto en el artículo 19 de la Constitución Federal se conculca la garantía de presunción de inocencia? Sin lugar a duda, la presunción de inocencia es fundamental en la construcción del garantismo procesal penal, así lo reconoce el informe¹³⁸ sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas al señalar que se trata de una de las garantías judiciales más elementales en el ámbito penal.

Este argumento se fortalece con el Quinto Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala, al puntualizar que la presunción de inocencia es el punto de partida para cualquier análisis de derechos y el tratamiento otorgado a las personas que se encuentran bajo prisión preventiva¹³⁹, en ese sentido, es preciso considerar que la presunción de inocencia se trata de un derecho fundamental que implica que en caso de ser necesaria la privación de la libertad durante el trascurso de un proceso, la posición jurídica del imputado sigue siendo la de un inocente, de modo que, el Estado tiene una obligación especial de agilizar el enjuiciamiento y evitar demoras.

¹³⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, España, 2013, p.5 <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

¹³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala”, Cap. VII, Guatemala, 2001, s. p. <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala01sp/cap.7.htm>

Por su parte, la Organización de los Derechos Humanos realizó en el año 2019 diversas observaciones¹⁴⁰ sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, de la cual se desprende que la imposición de la misma debe partir del principio de presunción de inocencia y por supuesto, estar motivada por las circunstancias del caso concreto, a través de un examen individualizado sobre los riesgos procesales por parte del órgano judicial y con independencia del delito por el cual se procesa a la persona imputada.

En el mismo sentido, señala que la excepcionalidad es consecuencia del principio de presunción de inocencia reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional, mismo que establece que las personas sometidas a proceso deben ser juzgadas en libertad; así mismo rescata que, de acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, la libertad debe ser reconocida como la regla o principio general y la detención como una excepción en interés de la justicia.

Así pues, la prisión preventiva oficiosa contraviene lo dispuesto en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴¹, artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁴², artículo 26 de la Declaración

¹⁴⁰ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, [En línea]. Disponible: www5.diputados.gob.mx/.../681477/file/Anexo%20ONU-DH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa.pdf - 2019-01-30. 11 de julio de 2019. 16:40 PM, p.4.

¹⁴¹ “Artículo 14: (...)”

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

(...)”

¹⁴² “Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴³ y artículo 8, numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁴⁴ mismos que establecen el principio de presunción inocencia que debe garantizarse a lo largo de todo el procedimiento.

A pesar de la existencia de las normas internacionales vinculantes enunciadas en el párrafo anterior —derivadas del derecho internacional de los tratados— es evidente que, al establecer la prisión preventiva oficiosa se aumenta el riesgo de una aplicación arbitraria e ilegal; al respecto la Organización de los Estados Americanos en su Quinto informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Guatemala¹⁴⁵ señaló que la prisión preventiva es una privación extrema del derecho a la libertad personal, que puede ser coherente con la Convención solamente cuando es inicialmente justificada y mientras su duración no se vuelva irrazonable, porque, de lo contrario, se invierte la presunción de inocencia.

¿Por qué razón se invierte la presunción de inocencia en la prisión preventiva oficiosa? De acuerdo con el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

¹⁴³ “Artículo 26 - Derecho a proceso regular

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.”

¹⁴⁴ “Artículo 8. Garantías Judiciales...

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)”

¹⁴⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala”, Cap. VII, Guatemala, 2001, s. p. <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala01sp/cap.7.htm>,

Américas, cuando la detención previa al juicio se prolonga excesivamente, la presunción de inocencia “se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla, dado que a pesar de su existencia como derecho, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados”¹⁴⁶

No se puede dejar de lado que, en el derecho penal moderno se impuso como regla general que toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad y que sólo por vía de excepción es posible privar de la libertad a una persona, situación que no se actualiza con la aplicación del artículo 19 de la Constitución Federal al señalar un catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa. por ende, también se violenta el principio *pro homine*¹⁴⁷, mismo que establece la necesidad de que ante una limitación a los Derechos Humanos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y, cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restringida.

3. Vulneración de la independencia judicial

Es dable comenzar de la siguiente forma: la independencia judicial es un principio de rango constitucional, esto de acuerdo con la Tesis aislada P. XIV/2006¹⁴⁸, así mismo, de acuerdo con el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁴⁹, de una interpretación sistemática de los artículos 17, 94, párrafo octavo,

¹⁴⁶ *Vid.* COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/09, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso, (República Oriental del Uruguay), 6 de agosto de 2009, s. p. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

¹⁴⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, España, 2013, s. p. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

¹⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis aislada P. XIV/2006, Materia Constitucional, Página: 24. INDEPENDENCIA JUDICIAL. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL. Controversia judicial federal 1/2005. Noé Corzo Corral y otros. 11 de octubre de 2005. Mayoría de siete votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

¹⁴⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis aislada Tesis: P. XIII/2006, Materia Constitucional, Página: 25. INDEPENDENCIA JUDICIAL. LOS DERECHOS QUE ASISTEN AL TITULAR DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

99, párrafo penúltimo, 100, párrafo séptimo, 101 y 128 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe concluirse que los titulares de los órganos jurisdiccionales se rigen por un sistema que garantiza su independencia, consiste en la actitud que debe asumir todo juzgador para emitir sus resoluciones con apego a derecho, al margen de todo tipo de presiones o intereses extraños.

Así pues, a raíz de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública del año 2008, el papel del juez de control en el sistema penal acusatorio es fundamental, al tener por encargo el conocer con imparcialidad de un hecho, basándose en los hechos y en apego al derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquier sectores o por cualquier motivo, a cerca de la imposición de la prisión preventiva; situación que no se actualiza al ampliar el catálogo de delitos previstos en el artículo 19 de la Carta Magna.

En este orden de ideas, el marco normativo constitucional que impone prisión preventiva oficiosa a personas acusadas de ciertos delitos vulnera la independencia judicial toda vez que, se estima debe ser el órgano jurisdiccional competente el encargado de dictar la medida cautelar de mérito cuando se reúnen elementos que hacen presumir la existencia del riesgo de fuga o la obstaculización a las investigaciones, conforme a los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁰ en su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas señala que cuando la prisión preventiva se basa en criterios como el tipo de delito, la expectativa de la pena o la existencia de indicios que vinculen al acusado, es decir, cuando la

TIENDEN A GARANTIZAR QUE RESUELVA SIEMPRE CONFORME A DERECHO, SIN INFLUENCIAS AJENAS. Controversia judicial federal 1/2005. Noé Corzo Corral y otros. 11 de octubre de 2005. Mayoría de siete votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

¹⁵⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas", España, 2013, s. p. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

aplicación se determina por imperio de la ley, la situación es más grave, porque se está codificando por vía legislativa el debate judicial; y por ende, se limita la posibilidad de los jueces de valorar su necesidad y procedencia de acuerdo con las características del caso concreto.

Adicionalmente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,¹⁵¹ hace evidente que la imposición de la prisión preventiva oficiosa genera presiones indebidas a los órganos judiciales, cuestión que es particularmente evidente ante casos de prisión preventiva prolongada, pues la Comisión Interamericana ha documentado que la imposición de la prisión preventiva oficiosa puede derivar fácilmente en una presunción de culpabilidad, esto para justificar la imposición de dicha medida cautelar, es decir, se le genera presión a los operadores del sistema de justicia para condenar a personas a las que ya se les ha dado un trato de culpables a través de medidas privativas de la libertad, particularmente cuando se trata de delitos particularmente agraviantes para la sociedad.

4. Desviación de las políticas de seguridad ciudadana

La palabra seguridad abarca diversos usos en la vida cotidiana de modo que puede ser entendida en un sentido amplio o en un modo restringido, sin embargo, antes de hacer referencia a la seguridad ciudadana en específico, debe comprenderse que hablar de seguridad en sentido amplio es hablar por sí de uno de los bienes jurídicos más preciados a los que aspira el ser humano. Las personas tienen necesidad de buscar seguridad en cuanto son vulnerables; de esta forma, plantear la posibilidad de lograrla es poner sobre la mesa la posibilidad de reducir las amenazas y riesgos a los que se encuentra expuesto el ser humano en su día a día.

Al innegable auge de la delincuencia, es importante reconocer la relevancia de la seguridad ciudadana como derecho humano, mismo que en un Estado Democrático de Derecho se define en los siguientes términos:

¹⁵¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., p.9.

“En el contexto institucional, supone una situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos y libertades y obtienen el pleno resguardo de esos derechos y garantías emanadas del Estado de Derecho: vida, integridad, libertad, bienestar personal, propiedad, igualdad ante la ley e igualdad de oportunidades, derechos económicos, sociales y culturales etc.”¹⁵²

A la definición anterior se debe agregar lo siguiente: en un Estado Democrático el derecho a la seguridad ciudadana consiste en el conjunto de garantías que debe brindar el Estado para que el ciudadano logre el libre ejercicio de todos los derechos; es decir, se trata de un derecho fundamental que implica que todos gocen de las políticas de seguridad, por lo que el objetivo último estriba en la inclusión de la totalidad o de la gran mayoría de los ciudadanos en la construcción de pautas de convivencia democrática compartidas, sin que sea posible la protección de solo una parte de la sociedad a costa de la marginación y criminalización de otras.

Pero ¿Qué sucede con la seguridad ciudadana y la aplicabilidad de la prisión preventiva oficiosa? En los últimos años en contraste con las políticas de seguridad ciudadana, la Comisión Interamericana documentó lo siguiente¹⁵³; en los países del continente americano se ha respondido a los desafíos de la violencia e inseguridad con medidas de enfoque punitivista, situación que se actualiza al recurrir a medidas cautelares como en el caso de la prisión preventiva oficiosa; de lo anterior se colige que, las reformas enunciadas no son producto de una reflexión científica y un debate serio e inclusivo, sino en todo caso, de una reacción inmediata a situaciones coyunturales.

¹⁵² Vid. CARTAGENA SANTOS, Ilda Lilian, "Seguridad ciudadana un derecho humano", Revista Regional de Derechos Humanos, número 2, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Honduras, 2010, p. 5.

¹⁵³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., p.9.

A mayor abundamiento, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en las observaciones realizadas al Estado Mexicano sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, se afirma que en el sustrato de la exigencia social de este tipo de medidas subyace una profunda desconfianza en el sistema de justicia, una presión social- mediática frente a la inseguridad en general o en atención a determinados hechos concretos y finalmente, un discurso populista dirigido a sacar réditos políticos de la percepción subjetiva de la criminalidad.

En concreto, se han generado diversos mitos en torno a la prisión preventiva, de tal suerte que se ha llegado a pensar que la misma contribuye a la seguridad ciudadana y a evitar la impunidad; cuando en realidad, lo expresado anteriormente no puede estar más alejado de la realidad, cifras demuestran que la prisión preventiva —abusivamente dictada como se podría actualizar en el supuesto de la prisión preventiva oficiosa— abona a una mayor impunidad.¹⁵⁴

En conclusión, con la reforma al artículo 19 de la Constitución Federal se desvía en mayor medida la política de seguridad ciudadana, al permitir que la prisión preventiva deje de ser una medida de *última ratio* y se configure como mecanismo de *prima ratio*, así pues, es posible hablar de un hiperpunitivismo que agrava las prácticas evidentemente autoritarias del sistema judicial y el irrespeto a los Derechos Humanos.

5. Afectaciones al funcionamiento del sistema de justicia penal al conculcar el principio de igualdad ante la ley, el derecho de audiencia, la inmediación y la contradicción

El Código Nacional de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación señala que en el proceso penal se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, así como

¹⁵⁴ DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. “Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú”, Editorial Fundación para el Debido Proceso, Washington D.C., 2013.

aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes, así mismo establece que la legislación aplicable establecerá las excepciones a los principios antes señalados de conformidad con lo previsto en la Constitución.

Bajo esta perspectiva, al igual que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria se aprecia que con la reforma constitucional al artículo 19 se actualiza una posible vulneración al principio de igualdad ante la ley, esto es, el artículo 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todas las personas son iguales ante la ley y que tienen derecho sin discriminación a igual protección, empero, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga un trato diferenciado a los que tienen derecho a ser juzgados en libertad, en oposición de aquellos a los que se les debe aplicar prisión preventiva de forma automática, así pues, en el Mandato de 30 de noviembre de 2018 se señala que “profundizar este trato diferenciado y discriminatorio, a nivel legislativo e incluso constitucional, generará incidentes adicionales de violación del derecho humano a un trato igualitario y sin discriminación, ante la ley y en la práctica.”¹⁵⁵

De esta forma, al establecerse un régimen especial en el artículo 19 de la Constitución Federal se genera un trato diferenciado para las personas a las que se les aplica prisión preventiva oficiosa, cuestión que redundará en un detrimento al derecho a una defensa, pues se niega la posibilidad de ofrecer argumentos o pruebas y, consecuentemente se viola el derecho de audiencia, pues aunque las partes están presentes no existe un debate en cuanto a la adopción de medidas cautelares.

Con relación a la afectación al derecho de defensa; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció en el caso Jorge A. Giménez v. Argentina que el derecho a la defensa establecido en el artículo 8, numeral 2, inciso

¹⁵⁵ Vid. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, “Mandato del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria”, Switzerlan, 2018, p.4. https://www.hchr.org.mx/images/Comunicaci%C3%B3n_del_GTDA_de_la_ONU_sobre_prisi%C3%B3n_preventiva_oficiosa_30-Nov-2018.pdf

f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se puede ver mermado ante una detención preventiva prolongada, porque a medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad del acusado para presentar pruebas y contra-argumentos, y también disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos.¹⁵⁶

Por cuanto hace al momento procesal en el que se evalúa la pertinencia de las medidas cautelares, al colocar una lista pormenorizada de casos en los que procede la prisión preventiva oficiosa no se respetan los requisitos y principios materiales de excepcionalidad, proporcionalidad, y verificación del material incriminatorio, así pues, el juzgador no tiene posibilidad de examinar los hechos y argumentos a favor o en contra de la existencia de peligros procesales que justifican la aplicación de la misma.

Dicho con otras palabras, en atención al principio de inmediación todo acusado tiene derecho a ser escuchado por el juez y argüir personalmente contra su detención; por consiguiente, la prisión preventiva no debe decretarse por vía legislativa, sino después del análisis del Juez de Control. Sirve de apoyo a lo anterior el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas¹⁵⁷ mismo que establece lo siguiente:

“La celebración de una audiencia previa sobre la procedencia de la prisión preventiva, además de garantizar el principio de inmediación, permite, entre otras cosas, que la persona imputada y su defensa conozcan con antelación los argumentos a partir de los cuales se infiere el riesgo de fuga o de interferencia con las investigaciones. Además, ofrece un mejor escenario, tanto para la defensa, como para

¹⁵⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez, (Argentina), 1 de marzo de 1996, s. p. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.argentina11.245.htm>

¹⁵⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, España, 2013, p.74. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

la parte acusadora, en el que presentar sus argumentos a favor o en contra de la procedencia de la prisión preventiva, o en su caso de otras medidas menos restrictivas. En definitiva, la oralidad garantiza la posibilidad de discutir todas las cuestiones vinculadas con la aplicación de la medida cautelar”.

De esta manera resulta evidente que existe un detrimento al principio de contradicción, pues la defensa no tiene oportunidad de presentar argumentos para la aplicación de medidas cautelares menos restrictivas, es decir, no se permite un análisis escalonado y gradual de la medida menos lesiva a la más gravosa, y por consiguiente, se anula la capacidad de oponerse a la solicitud que se realiza al Juez de Control para la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Cabe advertir que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁵⁸ señaló que la existencia de la prisión preventiva oficiosa afecta la aplicación del sistema acusatorio y por lo tanto, el funcionamiento del sistema de justicia en tres sentidos:

En primer lugar, por que al constituirse como pena anticipada las autoridades podrían apostar a la privación de la libertad como forma de acreditar, política y socialmente, el correcto funcionamiento del sistema de justicia, en lugar de invertir recursos en investigaciones criminales profesionales y eficientes tendientes a acreditar la responsabilidad penal en el juicio oral. En segundo lugar, porque no se realiza una investigación seria sobre los riesgos procesales que conlleva dejar a la persona imputada en libertad, es decir, se libera a las fiscalías de la obligación de fundar y motivar la imposición de medidas cautelares.

Por último, de acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la prisión preventiva oficiosa trastoca el normal flujo del procedimiento penal, de manera que la imposición de una medida privativa de la

¹⁵⁸ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., p.10.

libertad como lo es la prisión preventiva oficiosa ocasiona que la etapa de vinculación a proceso de la audiencia inicial llevada ante el Juez de Control se convierta en un juicio previo al juicio, con lo que se regresa a una lógica del litigio en etapas previas al juicio oral.

Cabe señalar que el Juez de control creado con la reforma al sistema de justicia penal de 2008 implica asegurar el pleno acceso a la justicia para todos los sujetos procesales, esto es así, pues a diferencia del sistema mixto, el juzgador realiza un control judicial estricto que toma determinaciones a partir del debate oral y no de la carpeta de investigación, es decir, se realiza una verdadera ponderación entre los argumentos esgrimidos por las partes que evita prejuzgar sobre la conducta, garantizando a su vez la contradicción y la inmediación.

6. Vulneración del derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal es un Derecho Humano fundamental que se encuentra consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mismo que señala expresamente que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En cuanto a las personas privadas de la libertad, deberán ser tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, así mismo expresa lo siguiente:

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal:

(...)

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

Por otro lado, de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁹ existen grandes problemas en todos los países de la región como resultado de las graves deficiencias estructurales que a su vez son consecuencia del empleo excesivo de la detención preventiva, el uso del encarcelamiento como respuesta a las necesidades de Seguridad Ciudadana y la falta de instalaciones físicas adecuadas. En ese sentido, el derecho a la integridad personal se puede ver mermado por las graves condiciones de reclusión a las que se somete a una persona, a pesar de que el Estado tiene el deber de garantizar los derechos de las personas que se encuentran bajo su custodia¹⁶⁰.

A mayor abundamiento, en el Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, el hacinamiento —término que hace referencia a la acumulación de individuos en un mismo lugar que no se haya preparado físicamente para albergarlos — aumenta las fricciones y los brotes de violencia entre los reclusos, propicia la propagación de enfermedades, dificulta el acceso a los servicios básicos y de salud, además de constituir un factor de riesgo para la ocurrencia de incendios y otras calamidades e impedir el acceso a los programas de rehabilitación, entre otros graves efectos.

¹⁵⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, España, 2011, p.7. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

¹⁶⁰ Cabe precisar que la obligación perentoria del Estado no se limita al supuesto en el que la persona se encuentra en un centro de privación de libertad, sino también recae en el deber de respetar y garantizar la integridad personal mientras la persona es transportada hacia los centros de detención o hacia otros lugares como hospitales, juzgados, etc.

7. Otras consideraciones

Además de las consideraciones vertidas en párrafos anteriores, en las Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa se menciona que existe un defecto adicional de la regulación constitucional de la prisión preventiva oficiosa, misma que reside en la laxitud de conductas que dan lugar a la imposición aún más arbitraria de la medida cautelar, esto es, una excesiva amplitud de los supuestos de aplicación.¹⁶¹

Al respecto, previo a la reforma en comento, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU señaló en un informe que el artículo 19 de la Constitución Federal establecía requisitos demasiado amplios al estipular que se impondría prisión preventiva oficiosamente en delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, sin embargo, con la reforma aludida se incluye un mayor número de tipos de delitos genéricos, con lo que se afecta el derecho a la seguridad jurídica y el riesgo de una imposición arbitraria al incluirse expresiones vagas como: uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos y delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Al mismo tiempo el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señala la posible falsa imputación de delitos, es decir, la imposición de penas y el uso de las herramientas del derecho penal para fines ilegítimos, como lo son, en los casos de : “represión de manifestaciones públicas; el ataque a activistas, personas defensoras de derechos humanos o opositores políticos;

¹⁶¹ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., p.11.

la apariencia de funcionamiento de las instituciones ante la opinión pública y medios de comunicación; y la obtención de beneficios privados, entre otros posibles fines”.¹⁶²

Al respecto señala que, so pretexto de los fines enunciados, las autoridades pueden llevar a cabo detenciones y valerse de acciones ilegales para imputar delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, se hayan o no cometido; si bien en algunos casos es más difícil alcanzar el estándar establecido en la Constitución Federal¹⁶³ para la vinculación a proceso y la consiguiente imposición de la prisión preventiva oficiosa, existen algunos delitos que de acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria son utilizados por las autoridades para procesar a las personas, ejemplo de ellos es la imputación por el delito de armas, cartuchos o explosivos de uso exclusivo del Ejército.

De manera ilustrativa, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha documentado como en el origen de varios de los casos que han ameritado decisiones de ese mecanismo —en las opiniones 19/2015, 17/2016, 58/2016 y 16/2018— se hace patente la imputación por el delito de armas, cartuchos o explosivos de uso exclusivo del Ejército, así pues, en la opinión número 58/2016 aprobada por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 77º período de sesiones se destaca lo siguiente:

“8. La fuente informa que los agentes policiales colocaron un arma de fuego en el automóvil del Sr. Díez Gargari durante la revisión del mismo, motivo que fue suficiente para que con tal pretexto, una vez que el Sr. Díez Gargari fue trasladado para rendir su declaración como testigo, la Procuraduría General de la República cambiara su calidad jurídica para

¹⁶² ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, op. cit., p.12.

¹⁶³ De acuerdo con el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el auto de vinculación a proceso se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

considerarle acusado en una nueva averiguación previa y le retuviera por 52 horas en sus instalaciones.

9. La fuente alega que el arma fue plantada, lo que pudo ser probado por una videograbación tomada por una cámara de circuito cerrado de un local comercial en el lugar en donde se llevó a cabo la detención del Sr. Díez Gargari".¹⁶⁴

En el caso que antecede y con base a la videograbación referida, la Procuraduría General de la República llevó a cabo una investigación y ejerció acción penal en contra de diez policías ministeriales federales por considerarlos responsables de los delitos previstos en los artículos 248 bis y 255 del Código Penal Federal por el delito de simulación de pruebas, así pues, la detención del Sr. Díez fue arbitraria y el actuar de la autoridad se trataba de una maniobra para legitimar su detención.

En ese sentido, al ampliar el catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, se aumenta el riesgo de que los servidores públicos actúen de manera ilegal y cometan detenciones arbitrarias, por lo que también se produce un claro retroceso al principio de progresividad de los Derechos Humanos previsto en el artículo 1 de la Constitución General de la República y en diversos tratados internacionales ratificados por México.

De acuerdo con la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁶⁵, el principio de progresividad ordena ampliar el alcance y protección de los Derechos Humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de ello se derivan exigencias de carácter tanto negativo como positivo, dirigido a los

¹⁶⁴ *Vid.* GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, Opinión número 58/2016, Paulo Jenaro Díez Gargari, (México), 21 a 25 de noviembre de 2016, p.3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/020/74/PDF/G1702074.pdf?OpenElement>

¹⁶⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, Tomo I, Tesis 1a./J. 85/2017 (10a.), Materia Constitucional, Página: 189. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS. Tesis de jurisprudencia 85/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de octubre de dos mil diecisiete.

creadores de las normas jurídicas y a sus aplicadores, con independencia del carácter formal de las mismas, esto es, sean de carácter legislativas, administrativas o judiciales.

Así pues, en sentido positivo, el legislador tiene la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los Derechos Humanos, mientras que, en sentido negativo, se tiene una prohibición de regresividad, es decir, el legislador tiene prohibido emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los Derechos Humanos, por tanto, en congruencia con lo planteado, el Estado Mexicano tiene la obligación de promover el uso de medidas menos gravosas o que causen menor perjuicio al imputado.

Por todo lo anterior, es posible concluir que la prisión preventiva oficiosa es contraria a la lógica del sistema acusatorio de corte garantista que se implementa tras la reforma en Materia de Seguridad y Justicia de 2008, máxime si se toma en consideración que los reclusos no sentenciados se encuentran a menudo en peores condiciones que aquellos sentenciados y que, acorde con el principio de presunción de inocencia su situación debiera ser más favorable en diversos aspectos; así pues, no es posible ser omiso a la implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y al Manual de Buena Práctica penitenciaria¹⁶⁶, del cual se desprende la existencia de evidencia compilada a través de instituciones intergubernamentales y no gubernamentales respetadas, que demuestra que en todas partes del mundo las condiciones de arresto o detención preventiva se prestan frecuentemente a severas y amplias críticas como la existencia de actos de tortura probados, sistemas de detención que imponen severas privaciones a personas que aún no han sido declaradas culpables de un delito, la detención en celdas muy pequeñas durante un largo periodo de tiempo y las consecuencias negativas y serias para la salud y el bienestar.

¹⁶⁶ PENAL REFORM INTER-NATIONAL, Manual de Buena Práctica Penitenciaria. "Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos", Tr. Ministerio de Justicia de los Países Bajos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998, p.33

CONCLUSIONES

PRIMERA. El funcionalismo es la corriente teórica de las ciencias sociales que resulta fundamental en la explicación de diversos fenómenos propios de la ciencia, el arte y en general, la vida cotidiana, así pues, sin pretender desarrollar por completo las bases sociológicas de Bronisław Malinowski, Robert King Merton y Talcott Parsons, es posible concluir que para el funcionalismo es preponderante el sistema social como un todo compuesto de partes funcionales, situación que resulta aplicable al derecho de la siguiente forma:

- De acuerdo con el funcionalismo absoluto de Bronisław Malinowski el derecho es un elemento esencial de la cultura humana, al permitir la organización de los seres humanos a través de obligaciones, prohibiciones o leyes que son cumplidas por motivos prácticos, en ese sentido, la recomposición del orden se logra a través del castigo.
- Robert King Merton como parte de los fundamentos del funcionalismo relativizado, estudia las contradicciones y los conflictos sociales e introduce el concepto de disfunción, así mismo, el autor plantea importantes contribuciones en la explicación de la ausencia de normas pues retoma el concepto de anomía propuesto por el francés Emilio Durkheim.
- Como parte de una óptica macrofuncional Talcott Parsons concibe el sistema social como un sistema de interacción que, para tener continuidad realiza cuatro funciones básicas: la adaptativa (organismo biológico), el logro de objetivos (sistema de la personalidad), la función integradora (sistema social) y por último, la manera de preservar y transmitir los valores y cultura a las nuevas generaciones (sistema cultural) siendo la función, toda actividad que satisface una necesidad del sistema.

SEGUNDA. La teoría del funcionalismo repercutió de forma directa en el pensamiento de Niklas Luhmann, quien retoma el concepto de autopoiesis aplicable al ámbito de la biología y lo trasladó al ámbito de la teoría de los sistemas y la sociología; en ese sentido, la parte medular de la teoría consiste en comprender que la sociedad tiene su génesis a partir de la comunicación y se compone no de seres humanos, sino de las comunicaciones que se presentan entre los mismos.

En cuanto al derecho, el mismo surge como respuesta a la necesidad de la sociedad de alcanzar un nivel superior de complejidad, así pues, se configura como una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas utilizando el código binario lícito/ ilícito; una vez que se procesa la información se puede tener como resultado una consecuencia sistémica, es decir, una pena o medida de seguridad.

TERCERA. El derecho penal del enemigo es una expresión acuñada por el jurista Günther Jakobs para hacer referencia a la criminalización de conductas potencialmente peligrosas con la finalidad de preservar la ley penal ciudadana, así pues, resulta patente el contraste del derecho para ciudadanos —que busca optimizar las esferas de libertad— en oposición al derecho para enemigos, que al procurar la protección de bienes jurídicos opta por adelantar la punibilidad, suprimir garantías procesales e imponer penas proporcionalmente altas.

Desde esta concepción, los individuos son comunicativamente relevantes en cuanto representan un papel en el sistema social y renuncian a su interés individual para acoplar su comportamiento, posteriormente, en atención a las necesidades funcionales es necesario determinar el comportamiento que se aleja de lo socialmente adecuado, así pues, la pena cumple la función de estabilización y como fin preventivo- general, es decir, como respuesta a la defraudación de una expectativa normativa.

CUARTA. Fruto de la globalización y el contraste entre posturas iuspositivistas- iusnaturalistas, surge la necesidad de adoptar referentes teóricos más flexibles como el Garantismo de Luigi Ferrajoli, jurista italiano que postula la vigencia de las constituciones escritas, un amplio catálogo de derechos fundamentales como

límites a la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes, la separación de poderes y la necesidad de mecanismos de control y garantía constitucionales en manos de tribunales especializados, así como la democracia en aras de lograr el pleno cumplimiento a los derechos fundamentales dentro del caos normativo imperante.

En ese sentido, si se parte de la premisa que en el ámbito del derecho penal se manifiesta la relación entre el Estado y el ciudadano, entre la autoridad y la libertad, entre la defensa social y las garantías individuales, el garantismo penal emerge ante la necesidad de establecer límites a la intervención punitiva del Estado y como una propuesta de sistema que pretende hacer del derecho un sistema de garantías, de tal forma que la presencia o ausencia de las garantías penales y procesales permiten o hacen nugatorio la efectividad de la democracia constitucional y la teoría del estado constitucional de derecho.

QUINTA. Existen múltiples conceptualizaciones de los Derechos Humanos que, al ser meras representaciones mentales que se apegan a un fundamento filosófico devienen en posturas extremas del derecho natural o bien, del derecho positivo, análogamente, se reconoce la utilización ambigua de acepciones como derechos naturales, derechos subjetivos públicos, derechos individuales, derechos fundamentales y garantías individuales.

En concordancia con lo anterior, se destaca la importancia de que impere la inserción de derechos naturales en normas jurídicas de derecho positivo que permitan que en el ámbito de sus respectivas competencias las autoridades efectivamente promuevan, respeten, protejan y garanticen los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, sin caer en teorías reduccionistas.

SEXTA. Las medidas cautelares como objeto de estudio es carente debido a que doctrinariamente se otorga más importancia a la teoría del delito en comparación con el estudio del derecho procesal penal, empero, se trata de instrumentos de carácter precautorio —que pueden dictarse durante cualquier momento de la

tramitación del procedimiento mediante resolución motivada y por el órgano jurisdiccional competente— con la finalidad de:

I) Asegurar el normal desarrollo del proceso y garantizar el ius puniendi.

II) Evitar un grave e irreparable daño a las partes o a la sociedad con la tramitación de un proceso.

En ese sentido, no resulta óbice señalar que las medidas cautelares en ningún caso pueden constituirse como pena anticipada; por lo que deben ser proporcionales, provisionales, homogéneas, excepcionales y en apego a los límites legales establecidos al efecto, así pues se reconoce que existe un total de catorce medidas cautelares en el Código Nacional de Procedimientos Penales, mismas que deben aplicarse en apego al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*.

SÉPTIMA. La prisión preventiva es la privación de la libertad previo a una sentencia condenatoria que permite asegurar el normal desarrollo del proceso; a pesar de ello, en el devenir histórico no ha operado como medida cautelar de *ultima ratio*, sino como una pena anticipada. Dentro de nuestra legislación se prevé la existencia de dos tipos: la prisión preventiva justificada y oficiosa, cabe precisar que esta última no requiere que el Ministerio Público la justifique en virtud de que el Juez de Control —en el ámbito de su competencia— la ordena con base al contenido del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Federal.

OCTAVA. De lo expuesto en la conclusión previa se deriva que nuestro país marcha contra corriente, pues actualmente se pretende limitar en lo posible la prisión preventiva y sustituirla por medidas cautelares menos invasivas y restrictivas de la libertad personal; aunado a lo anterior, resulta patente que esta medida se aplica de forma automática, mecánica u obligatoria en un mayor número de delitos, sin permitir que sea el Ministerio Público quien la solicite con base a criterios objetivos y mediante el aporte de elementos suficientes que acrediten que otras medidas no son suficientes.

Por otra parte, no pasa inadvertido que para Luigi Ferrajoli la función de la prisión preventiva es de pena anticipada o bien como función inquisitiva, en ese sentido, nuestro país es el único en el continente americano que en los supuestos de su Carta Magna prevé una lista pormenorizada de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, situación que se configura como afronta a la protección de los Derechos Humanos y al sistema de justicia penal que se implementa a partir de la reforma constitucional de 2008.

Dentro de esta perspectiva, la lógica punitiva se perpetuó con base a la construcción de cuatro mitos: La prisión preventiva disminuye la inseguridad pública, reduce la incidencia delictiva, se utiliza contra sujetos peligrosos y finalmente, garantiza la reparación del daño; pese a ello, la realidad es que en general, la figura de la prisión preventiva oficiosa genera un alto costo social que en el marco del garantismo penal resulta ilegítimo e idóneo para provocar el desvanecimiento de las demás garantías penales y procesales, apartando del camino las medidas legislativas, administrativas y judiciales alternativas.

NOVENA. De los antecedentes históricos más remotos es evidente que la prisión tuvo un génesis distante de la idea de castigo y punibilidad, es decir, fue concebida como medio de seguridad para continuar el proceso y llevar a cabo la ejecución de la sentencia, inclusive, de acuerdo con la ciencia histórico-penal, la cárcel en el sistema feudal tuvo un carácter esencialmente procesal y no un carácter punitivo.

Por otro lado, nuestro país en su devenir histórico contiene ordenamientos que resultan verdaderamente escuetos en lo relativo a la prisión preventiva —como la Constitución Federal de 1824— mientras que otros, a pesar de su corta vigencia prescribieron que nadie podía ser detenido sino obraban indicios suficientes para presumir que la persona era el autor de un delito y mediaba mandato escrito y firmado por la autoridad competente, tal fue el caso del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 10 de abril de 1865.

DÉCIMA. Como consecuencia de las vivencias propias del pueblo mexicano es posible encontrar textos constitucionales que se apegan a los intereses, visión e ideología del grupo que imperaba en el poder; de esta forma, se transitó entre el talante liberal y el conservador hasta que en 1842 surgió una verdadera inquietud por sistematizar los derechos fundamentales que se recogerían en la Constitución de 1857 y por consiguiente en la Constitución que rige hasta nuestros días. Así mismo, es evidente la confusión en la nomenclatura constitucional mexicana, pues no se hizo distinción entre el término “garantías” y “derechos” cuestión que se solventó con la reforma de 10 de junio de 2011 en la que se retoma el talante liberal y iusnaturalista al introducir el “Capítulo I. De los Derechos Humanos y sus garantías”.

DÉCIMA PRIMERA. La prisión preventiva automática ha seguido el siguiente patrón de evolución en los últimos 70 años:

Tabla 10. Evolución de la Prisión Preventiva Oficiosa o Automática con relación al Mandato presidencial.

<p>➤ Miguel Alemán Valdés (1948- PRI)</p>	<p>El 2 de diciembre de 1948 se estableció que la libertad bajo fianza procedía siempre que en atención al término medio aritmético, la pena privativa de la libertad no fuese mayor de cinco años de prisión.</p>
<p>➤ Carlos Salinas de Gortari (1993- PRI)</p>	<p>El 3 de septiembre de 1993 el artículo 20 de la Constitución Federal abandona el criterio de la media aritmética de las penas privativas de libertad y se decanta por señalar expresamente que la ley determinará aquellos delitos que por su gravedad tornan inasequible el conceder la libertad provisional bajo caución.</p>
<p>➤ Felipe Calderón Hinojosa (2008- PAN)</p>	<p>El 18 de junio de 2008 se establece en el artículo 19 de la Constitución Federal, que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.</p>

<p>➤ Andrés Manuel López Obrador</p> <p>(2019-MORENA)</p>	<p>El 12 de abril de 2019 se publica en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 19 de la Constitución Federal en materia de Prisión Preventiva Oficiosa para incorporar los siguientes delitos al catálogo de conductas que ameritan dicha medida cautelar:</p> <p>Abuso o violencia sexual contra menores, feminicidio, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.</p>
---	--

Elaboración propia a partir de diversas fuentes.

DÉCIMA SEGUNDA. Ante el rezago en la procuración y administración de justicia se hace patente que la inseguridad pública y la violencia no disminuyen con la aplicación de la prisión preventiva, sino en todo caso, se pone de manifiesto el fracaso de las políticas públicas, se conduce a México a una situación aún más distante del cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos y, se atenta contra las directrices que emanan de la reforma constitucional y legal en materia de seguridad y justicia del año 2008.

DÉCIMA TERCERA. Se comprueba la hipótesis: Del estudio integral al Dictamen de Primera Lectura que dio origen al Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Federal se denota una evidente orientación al Derecho Penal del Enemigo, mismo que reconoce que la ley emprende una lucha en contra de los enemigos del Estado, diferentes en su comportamiento a los ciudadanos normales, que es necesario hacer un adelantamiento de la línea

defensiva para preservar el orden social, que deben sancionarse incluso actos preparatorios y por último, la necesidad de restringir las garantías procesales para los enemigos.

DÉCIMA CUARTA. Habida cuenta de lo expuesto, el Derecho Penal del Enemigo es contrario al Garantismo Penal propuesto por Luigi Ferrajoli, en consecuencia, es dable considerar una perspectiva de posibles violaciones a los Derechos Humanos con la aplicabilidad de la Prisión Preventiva Oficiosa; por ejemplo: violaciones del derecho a la libertad personal, vulneración del derecho a la integridad personal, violación a la presunción de inocencia, vulneración a la independencia judicial porque se codifica por vía legislativa el debate judicial, la desviación de las políticas de seguridad ciudadana, sin contar las posibles afectaciones al funcionamiento del sistema de justicia penal al conculcar el principio de igualdad ante la ley, el derecho de audiencia, la inmediación y la contradicción.

Por otra parte, la reforma que amplía el catálogo de delitos que ameritan Prisión Preventiva Oficiosa también es contraria a los Instrumentos Internacionales suscritos por el Estado Mexicano al regular de forma laxa una serie de conductas que pueden dar lugar a una aplicación arbitraria de la medida cautelar, al mismo tiempo, potencializa la falsa imputación de delitos para fines ilegítimos y se aumenta el riesgo de que los servidores públicos actúen de manera ilegal y cometan detenciones arbitrarias, por lo que también se produce un claro retroceso al principio de progresividad de los Derechos Humanos.

Por todo lo anterior podemos concluir que la Prisión Preventiva Oficiosa al ser una manifestación del populismo punitivo y del Derecho Penal del Enemigo, es contraria a la lógica del sistema acusatorio de corte garantista que se implementa tras la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, del 18 de junio de 2008.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

ANGARITA FEO, Jairo Enríque, et al., Reflexiones del derecho penal, público y privado, Colección Lecciones Doctorales, Ediciones USTA, Colombia, 2016.

ÁVILA ORTIZ, Raúl, et al., (coord.) Porfirio Díaz y el Derecho. Balance crítico, primera edición, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados, México, 2015.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Garantías Individuales, 41 edición, Editorial Porrúa, México, 2011.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl, F., La prisión preventiva en México, México, Editorial Porrúa, 2004.

CARPIZO, Jorge, Derechos Humanos y Ombudsman, primera edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones jurídicas, México, 1993.

CASTRO, Juventino V., Garantías y Amparo, 14 edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

CHACÓN ROJAS, Oswaldo, Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Gobierno Federal, SEGOB, México, 2011.

CIENFUEGOS SALGADO, David, Una historia de los Derechos Humanos en México. "Reconocimiento constitucional y jurisdiccional", México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.

CORSI, Giancarlo, et al., Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann, Vol. 9, Tr. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, Universidad Iberoamericana, México, 1996.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. "Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú", Editorial Fundación para el Debido Proceso, Washington D.C., 2013.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, "Teoría del garantismo penal", Tr. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruíz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés, Colección Estructuras y procesos. Serie derecho, Editorial Trotta, S.A., España, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, Garantismo penal, primera edición, Serie Estudios Jurídicos número 34, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, et al., (coord.) La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. "Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional", primera edición, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.

GABRIEL TORRES, Sergio, Derecho penal de emergencia, "Lenguaje, discurso y medios de comunicación. Emergencia y política criminal. Instrumentos y consecuencias", primera edición, Editorial Porrúa, México, 2010.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, El nuevo procedimiento penal mexicano. 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, et al., (coord.) El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios, primera edición, Serie Versiones de autor, núm. 3, UNAM, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2015.

GIDDENS, Anthony, Sociología, 6ª Edición, Tr. Francisco Muñoz de Bustillo, Alianza Editorial, España, 2014.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Arely (coord.) Reforma Penal, 2008- 2016. "El Sistema Penal Acusatorio en México", primera edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2016.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, Teoría de sistemas y derecho penal. "Fundamentos y posibilidades de aplicación", Editorial Comares, España, 2005.

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Norberto, Derecho penal de la cárcel: "Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento", Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad EAFIT, Bogotá, 2018.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo III, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2004.

IÑAKI RIVERA, Beiras, et al., Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas, Anthropos Editorial, España, 2005.

JAKOBS, Günther, Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Civitas Ediciones S. L, España, 2004.

JAKOBS, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, Tr. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas Ediciones, S. L, España, 1996.

LARA PONTE, Rodolfo, Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano, primera edición, Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 151, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.

LUHMANN, Niklas, Zwischen Intransparenz und Verstehen, “Fragen an die Pädagogik”, Alemania, 1986.

MAGAÑA LUNA, Rubén, Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis, Universidad Complutense de Madrid, España, 2016.

MALINOWSKI, Bronislaw, et al., Una teoría científica de la cultura, Sarpe, España, 1984.

MARTÍNEZ MONTERROSA, Alberto, Aportaciones de Niklas Luhmann a la comprensión de la sociedad moderna, Editorial Universidad del Norte, Colombia, 2014.

MELOSSI, Cario, et al., Cárcel y Fábrica. “Los Orígenes del Sistema Penitenciario (Siglos XVI y XIX)”. Siglo XXI, México, 1980.

MÉNDEZ RUBIO, Antonio, Perspectivas sobre comunicación y sociedad, Vol. 69, Universitat de València, España, 2004.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, El Derecho Precolonial, Sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1992.

MOMMSEN, Theodor, El Derecho Penal Romano, Tomo I, Tr. Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1905.

MORENO VILLA, Mariano. Filosofía, “Antropología, Psicología y Sociología”, Vol. 2, Editorial Mad, España, 2003.

PENAL REFORM INTER-NATIONAL, Manual de Buena Práctica Penitenciaria. “Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”, Tr. Ministerio de Justicia de los Países Bajos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.

RAMOS, José Antonio, et al., El positivismo jurídico a examen. “Estudios en homenaje a José Delgado Pinto”, 1.a edición, Universidad de Salamanca, España, 2006.

REY PÉREZ, José Luis, El discurso de los derechos: una introducción a los derechos humanos. Universidad Pontificia Comillas, España, 2011.

SERRETTI, André Pedrolli, Derecho penal del enemigo: análisis de un modelo político-criminal. “Del rechazo al derecho penal de la exclusión a la legitimación de un derecho penal de lucha basado en valores constitucionales”, Universidad de Salamanca, España, 2017.

VÁZQUEZ, Luis Daniel, et al., La reforma constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma, primera edición, Eds. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Serie Doctrina Jurídica, núm. 609, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.

HEMEROGRAFÍA

CARPISO, Jorge, "Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características" Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 25, Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio-diciembre de 2011, p. 3- 29.

CARTAGENA SANTOS, Ilda Lilian, "Seguridad ciudadana un derecho humano", Revista Regional de Derechos Humanos, número 2, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Honduras, 2010, p. 3-13.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs", Anuario de derecho penal y ciencias penales, volumen 59, número 1, Universidad Autónoma, Madrid, 2006, p. 111-134.

FERRAJOLI, Luigi, "Criminalidad y Globalización", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 115, México, 2006, p. 301-316.

MARTÍNEZ BAZÁN, Abraham, "Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial", Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica, número 20, año 10, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, octubre 2016- marzo de 2017, p. 129- 150.

MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor Manuel, "Desarrollo histórico-constitucional de los derechos humanos en México. I (1812-1840)", nueva serie, núm. 66, año XXII, México, septiembre-diciembre 1989, p. 913-931.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, "El derecho precolonial", Revista Criminalia, año V, Ediciones Botes, México, 1936-1939, p. 637.

MORENO CRUZ, Rodolfo, "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, núm. 120, año XL, México, septiembre-diciembre 2007, p. 825-852.

MOSTERÍN, Jesús, Tribuna: Los derechos de los animales, Creando derechos, El País, España, 29 de agosto de 1999, opinión, s. p.

URTEAGA, Eguzki, "La teoría de sistemas de Niklas Luhmann" Contrastes. Revista internacional de filosofía, volumen XV, número 15, Departamento de Filosofía, Universidad de Málaga, Facultad de Filosofía y Letras Campus de Teatinos, España, enero 2009, p. 301-317.

VALENCIA CÁRDENAS, Susana, "Sobre cómo se fundamenta el concepto de persona y de la pena en el derecho penal de enemigo" Diálogos de Derecho y

Política, número 2, año I, Universidad de Antioquia, Colombia, septiembre- diciembre de 2009, p. 177- 187.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, "Trayectoria del Régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana de 1917", Intersticios sociales, número 15, El Colegio de Jalisco, Zapopan, marzo- agosto de 2018, p. 207-240.

FUENTES LEGISLATIVAS

Bases de Organización Política de la Republica Mexicana de 14 de junio de 1843.

Código Nacional de Procedimientos Penales de 5 de marzo de 2014.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824.

Constitución Política de la Monarquía Española de 19 de marzo de 1812.

Constitución Política de la República Mexicana de 5 de febrero de 1857.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Prisión Preventiva Oficiosa.

Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 15 de mayo de 1856.

Gaceta del Senado, Cámara de Senadores, número LX/2PPO-176/15051, jueves 13 de diciembre de 2007, México, Distrito Federal.

Gaceta del Senado, Senado de la República, número LXIV/1PPO-44, jueves 08 de noviembre de 2018, México, Ciudad de México.

Gaceta del Senado, Senado de la República, número LXIV/1PPO-61/87038, martes 04 de diciembre de 2018, México, Ciudad de México.

Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007, México, Distrito Federal.

Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Plan de Ayutla de 1 de marzo de 1854.

Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1823.

DICCIONARIOS

ABASCAL ZAMORA, José María, et al., Diccionario jurídico mexicano, Tomo III. D, primera edición, Serie E, Varios, núm. 24, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983.

ABASCAL ZAMORA, José María, et al., Diccionario jurídico mexicano, Tomo VI. L-O, primera edición, Serie E, Varios, núm. 28, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1984.

ORTIZ GARCÍA, Carmen, Diccionario histórico de la antropología española. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España, 1994.

PEREDA FAILACHE, Carlos, Diccionario de Justicia, primera edición, Siglo XXI Editores, México, 2017.

Real Academia Española, Diccionario del español jurídico, Espasa, Madrid, 2016.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Espasa Calpe, Madrid, 2018.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Corte IDH, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, Tomo I, Tesis 1a./J. 85/2017 (10a.), Materia Constitucional, Página: 189. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU CONCEPTO Y EXIGENCIAS POSITIVAS Y NEGATIVAS. Tesis de jurisprudencia 85/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de octubre de dos mil diecisiete.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Segunda Sala, Décima Época, Tomo I, Tesis 2a./J. 35/2019 (10a.), Materia Constitucional, Común, Página: 980. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis aislada P. XIV/2006, Materia Constitucional, Página: 24. INDEPENDENCIA JUDICIAL. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL. Controversia judicial federal 1/2005. Noé Corzo Corral y otros. 11 de octubre de 2005. Mayoría de siete votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis aislada Tesis: P. XIII/2006, Materia Constitucional, Página: 25. INDEPENDENCIA JUDICIAL. LOS DERECHOS QUE ASISTEN AL TITULAR DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL TIENDEN A GARANTIZAR QUE RESUELVAN SIEMPRE CONFORME A DERECHO, SIN INFLUENCIAS AJENAS. Controversia judicial federal 1/2005. Noé Corzo Corral y otros. 11 de octubre de 2005. Mayoría de siete votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tomo 3, Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.), Materia Constitucional, Página: 2254. PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN. Amparo en revisión 184/2012. Margarita Quezada Labra. 16 de agosto de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit.

Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, Quinta Época, Tomo XXXVII, Tesis aislada, Materia Penal, Página: 1340. LIBERTAD CAUCIONAL, BASES PARA LA CONCESION DE LA. Queja en amparo penal 296/32. Iloldi Próspero B. 6 de marzo de 1933. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Paulino Machorro y Narváez.

FUENTES ELECTRÓNICAS

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, [En línea]. Disponible: www5.diputados.gob.mx/.../681477/file/Anexo%20ONU-DH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa.pdf - 2019-01-30. 11 de julio de 2019. 16:40 PM.

ARRIAGA VALENZUELA, Luis, et al., “Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, México, 2013. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/26.pdf>

CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús, El impacto de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011 en la enseñanza del derecho, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, s.a., <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/18.pdf>

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 1948, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, España, 2013, <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala", Cap. VII, Guatemala, 2001, <http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala01sp/cap.7.htm>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 12/96, Caso 11.245, Jorge A. Giménez, (Argentina), 1 de marzo de 1996, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.argentina11.245.htm>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/09, Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso, (República Oriental del Uruguay), 6 de agosto de 2009, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, España, 2011, <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, España, 2017, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>

FERRAJOLI, Luigi, "Garantismo penal", Isonomía, no.32, México, 2010, p. 209-211. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100011&lng=es&tlng=es.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, "Mandato del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria", Switzerlan, 2018, https://www.hchr.org.mx/images/Comunicaci%C3%B3n_del_GTDA_de_la_ONU_sobre_prisi%C3%B3n_preventiva_oficiosa_30-Nov-2018.pdf

GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, Opinión número 58/2016, Paulo Jenaro Díez Gargari, (México), 21 a 25 de noviembre de 2016, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/020/74/PDF/G1702074.pdf?OpenElement>

JAKOBS, Günther. "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad." Panoptica, volumen 2, número 7, 2007, p. 197- 213. http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.7_2007_197-213/280

SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio, ¿Qué son los Derechos Humanos?, "Evolución Histórica", Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.a., <http://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>